الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري

دراسة مقارنة

دكتور علي محمد علي عبد المولى

هذه الرسالة حصلت على تقدير
جيد جدا مع التبادل

١٩٩١

بسم الله الرحمن الرحيم

وَعَلَّمَكَ مَا لَمْ تَكُنْ تَعْلَمُ

وَكَانَ فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكَ عَظِيماً

صدق الله العظيم

سورة النساء آية ١١٣

إهـــداء

إلى والدي

إلى والدتي

إلى اسرتي الصغيرة

- زوجتي وابنائي محمد ونرمين

- إليهم جميعا

- أهديهم ثمرة جهدي المتواضع

شكر وتقدير

اتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى استاذنا الدكتور العميد/ سليمان الطماوي على كل ما قدمه لي من عون... جزاه الله عني خير الجزاء.

كما اتقدم بخالص الشكر والتقدير لكل من الأستاذ الدكتور/ بكر القباني والأستاذ الدكتور/ محمد انس قاسم جعفر على تفضلهما بالموافقة على الاشتراك في مناقشة هذه الرسالة...

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

يشغل العقد الاداري مكانا بارزا من بين الوسائل التي تلجأ اليها الجهات الادارية لتسيير المرافق العامة. واذا كانت الغاية من ابرام العقد الاداري تكمن أساسا في كفالة حسن سير المرافق العامة وأداء الأعمال والخدمات وسرعة انجازها، تحقيقا للمصلحة العامة، فان تلك الغاية لن تتحقق عملا الا بتنفيذ الالتزامات العقدية التي يولدها العقد تنفيذا سليما وفقا للشروط الواردة به، وفي الصدد المحددة للتنفيذ. الا أن المتعاقد مع الادارة قد تصادفه أثناء تنفيذ العقد صعوبات أو ظروف استثنائية لم يكن في الوسع توقعها أثناء ابرام العقد، وقد يتعرض أثناء التنفيذ لتدخلات مختلفة من السلطة العامة لم تكن في الحسبان وتؤثر بشكل أو بآخر على ظروف تنفيذ العقد. ويتفاوت تأثير هذه الأمور ذات الطبيعة المتنوعة على تنفيذ المتعاقد لالتزاماته العقدية، فقد يقتصر الأمر على زيادة أعبائه المالية زيادة يختل معها التوازن المالي للعقد، وقد يصاب المتعاقد بخسائر جسيمة من شأنها أن تؤدي الى قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب، وقد يصل الأمر الى استحالة تنفيذ الالتزامات العقدية استحالة مطلقة.

ويثار التساؤل عن التبعات القانونية المترتبة على هذه الأمور فيما يتعلق بالتزامات وحقوق طرفي العقد ؟ .. وهل يترك هذا المتعاقد الذي صادف أمورا لم يكن في الامكان توقعها – على الرغم من اتخاذه الحيطة الواجبة وفقا للمجرى العادي للأمور – ضحية لصعوبات وظروف وأفعال لا يد له في احداثها ؟ .. وهل يصرف النظر عن احتياجات المرفق العام الذي ما أبرم العقد الاداري الا بقصد تسييره واشباع حاجاته على وجه مرض تحقيقا للمصلحة العامة ؟ .

تجيب على هذه التساؤلات عدد من النظريات المختلفة : عمل الأمير والظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة وأخيرا نظرية القوة القاهرة. وهذه النظرية الأخيرة تختلف عن النظريات الثلاث الأخرى في أنها الوحيدة التي يترتب عليها استحالة تنفيذ المتعاقد لالتزاماته العقدية، وبالتالي اعفاءه من تنفيذ العقد اذا تحققت العناصر المكونة لحالة القوة القاهرة (1). الا أن الدراسة

(1) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., L.G.D.J., 2e édition, 1984, t. 2, p. 498.

التى نحن بصددها ستتركز بصفة أساسية على النظريات الثلاث الأخرى التى ابتدعها مجلس الدولة الفرنسى بناء على الفهم الصحيح لطبيعة العلاقة بين الادارة وبين من يتعاقد معها فى شأن من شئون المرافق العامة ، رائده فى ذلك تحقيق المصلحة العامة وعدم التضحية بالمصلحة الخاصة للمتعاقد . واذا كانت هذه النظريات الثلاث من خلق القضاء الادارى الذى يمتاز بصفة أساسية بأنه قضاء انشائى فى الغالب الأعم ، ومن طبيعته أنه قضاء متطور ومرن ، فانه لم يقف عند حد ابتداع هذه النظريات ، وانما ظل يطور أحكامها استجابة لما يجد من مشكلات فى التطبيق العملى ، لاسيما بعد الحرب العالمية الأولى والثانية حينما تجسدت هذه المشكلات فى عدد من المنازعات التى طرحت أمامه . بالاضافة الى ذلك فان هذا التطور لم يكن بمعزل عن التطورات الاقتصادية التى شهدتها العديد من الدول ومن بينها فرنسا ، والتى أدت الى تغيير الأفكار التقليدية التى نشأت فى ظلها هذه النظريات . وكان لذلك أثره على الذاتية الخاصة لكل من النظريات الثلاث ، وبصفة خاصة فيما يتعلق بمصدر الفعل أو الظرف أو الصعوبة التى تعترض تنفيذ العقد ، فأصبح هناك أكثر من مجال مشترك بين النظريات الثلاث .

وما له دلالته فى هذا الصدد ، ما أشار اليه استاذنا العميد الطماوى من أنه " اذا كان ظاهر التسمية قد يوحى باستقلال كل فكرة من الافكار السابقة عن الأخرى ، فان حقائق الأمور – لاسيما فى الوقت الحاضر – تكذب ذلك ، فقد تداخلت الأفكار الثلاث الى حد كبير ، بحيث اصبح الأمر الواحد يوصف بوصفين مختلفين أو على الأقل يتردد المرء طويلا قبل أن ينعته بوصفه الصحيح. " (١)

من هنا وقع اختيارنا على موضوع الظروف التى تطرأ أثناء تنفيذ العقد الادارى ، ليكون مجالا لدراستنا التى تستهدف ابراز أوجه الشبه والخلاف بين النظريات الثلاث عمل الأمير والظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة ، فى محاولة لابراز خصائص كل نظرية حتى يمكن

---

(١) الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى ، الأسس العامة للعقود الادارية، دراسة مقارنة ، الطبعة الرابعة ، ١٩٨٤، ص ٥٦٦ .

أن تنفرد بذاتية خاصة تميزها عن شبيهتيها ، سواء من حيث الفعل الذى تتحقق به المسئولية ، أو من حيث شروط التطبيق والآثار التى تترتب على كل نظرية • واذا كنا لا نزعم أن تلك النظريات لم تنل حظها من اهتمامات الفقهاء عبر مؤلفاتهم العامة أو الخاصة ـ وان كانت قليلة نسبيا بالقياس الى المؤلفات فى مجالات القانون الادارى الأخرى ـ الا أن تلك الدراسات فى مجموعها اهتمت بمعالجة كل نظرية على حدة أو اقتصرت على دراسة احداها فقط ، مما جعلنا ونحن بصدد اختيار منهج البحث أن نبحث عن المنهج الأكثر ملاءمة لموضوع دراستنا ، من خلال الوقوف على نقاط الالتقاء والاختلاف بين تلك النظريات •

ونظرا لأن النظريات محل البحث من خلق وابداع مجلس الدولة الفرنسى ، شأنها فى ذلك شأن نظرية العقود الادارية ، بل القانون الادارى ذاته الذى يدين بوجوده للقضاء الادارى الفرنسى ، ونظرا لأن مجلس الدولة المصرى قد سلم بتلك النظريات منذ أن اختص بالنظر فى العقود الادارية على اعتبار أنها من الأحكام الرئيسية التى تقوم عليها فكرة العقد الادارى ، وذلك نقلا عن القضاء الادارى الفرنسى ، فان دراستنا لتلك النظريات سوف تكون دراسة مقارنة بما عليه الحال فى فرنسا ، ووفقا لأحدث التطورات التى شهدتها النظريات محل البحث •

وعلى الرغم من أن الأحكام التى صدرت من محكمة القضاء الادارى المصرية ومن المحكمة الادارية العليا والمتعلقة بتلك النظريات الثلاث، تكشف عن فهم وادراك عميق للمبادىء الأساسية التى تقوم عليها هذه النظريات،الا أن تلك الأحكام مازالت قليلة نظرا لحداثة اختصاص القضاء الادارى المصرى نسبيا فى موضوع العقود الادارية بصفة عامة ، وعدم اتساع الفرصة لكى تطرح أمامه العديد من المشكلات المختلفة التى تثيرها الأمور غير المتوقعة التى تطرأ أثناء تنفيذ العقد الادارى • وهو ما يؤكد أهمية هذه الدراسة المقارنة، حتى يمكن الوقوف على المبادىء والحلول التى أرسى قواعدها القضاء الغذير لمجلس الدولة الفرنسى فى هذا الصدد ، مما يمكن معه الاعتماد عليه فى استنباط الحلول لكل ما يستجد من مشاكل خليقة بأن تطرح أمام القضاء الادارى المصرى مستقبلا •

وترتيبا على ماتقدم ، فاننا سوف نقسم خطة بحث هذا الموضوع الى فصل تمهيدي وقسمين على النحو التالي :ـ

الفصل التمهيدي :

ونخصصه للتعريف بالظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الاداري ونشأة النظريات الثلاث محل البحث وهي الصعوبات المادية غير المتوقعة والظروف الطارئة وعمل الأمير . ونعرض فيه الحكمة التي من أجلها ابتدع مجلس الدولة الفرنسي هذه النظريات .

أما القسم الاول :

فسوف نتناول فيه شروط إعمال كل من النظريات الثلاث ، وذلك في فصلين : نخصص الفصل الأول لدراسة أوجه الشبه بين النظريات الثلاث، وأولها أن يكون هناك ثمة عقد من العقود الادارية بالمعنى الاصطلاحي، وثاني هذه الأوجه أن مجال كل من النظريات الثلاث يشمل جميع العقود الادارية، وثالثها أن مسئولية الادارة بلا خطأ ، ورابعها أن الأمر الذي تتحقق به المسئولية في نطاق كل منها يجب أن يكون غير متوقع .

ونخصص الفصل الثاني لدراسة أوجه الخلاف بين النظريات الثلاث ، سواء من حيث الفعل الذي تتحقق به المسئولية أو من حيث شروط التطبيق .

أما القسم الثاني :

فسوف نتناول فيه الآثار القانونية المترتبة على كل منها . وذلك في فصلين : نخصص الفصل الأول لدراسة تلك الآثار من زاوية التزامات المتعاقد مع الادارة ، وذلك من خلال الالتزام بالاستمرار في تنفيذ العقد، ونعرض فيه للحالة التي يصبح فيها تنفيذ الالتزام مستحيلا من خلال استعراض فكرة القوة القاهرة وفقا للمفهوم التقليدي والمفهوم الاداري .

ونخصص الفصل الثاني لدراسة الآثار القانونية من زاوية التزامات الادارة ، وذلك من خلال بحث الأساس القانوني لحق التعويض في نطاق كل من النظريات الثلاث،ومن خلال استعراض كيفية تحديد التعويض ومداه.

فصـــل تمهيـــدى

توضيـــح وتحديـــــــد

ان دراســة النظريات التى خلقها مجلس الدولة الفرنسى لمواجهـــة الظروف التى تطرأ أثناء تنفيذ العقد الادارى ، تتطلب تعريفا بتلك النظريـات وبحثا للنشأة القضائيـــة لها ، والحكمة التى من أجلها نشأت هذه النظريات .

ولقد آثرنا أن نمهد لتلك الدراسة بهذا الفصل التمهيدى الذى يتنـــاول تلك النقاط على النحو التالى :ـ

أولا : التعريف بالظروف التى تطرأ أثناء تنفيذ العقد الادارى .

ثانيا : نشأة كل من النظريات الثلاث .

ثالثا : الحكمة التى من أجلها خلقت هذه النظريات الثلاث .

أولا : التعريف بالظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الاداري

سنتناول على التوالي التعريف بعمل الأمير والظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة . (١)

(١) عمل الأمير : "Le fait du prince"

عندما يتعاقد الشخص العام مع أحد الأفراد أو مع شخص عام آخر ، فان ذلك لا يقيد سلطاته في مواجهة من تعاقد معه بطبيعة الحال . وقد يترتب على تصرفات جهة الادارة المتعاقدة في حدود سلطاتها ، ودون أن ينطوي تصرفها على خطأ ما ، أن يضار المتعاقد معها بما يختل معه التوازن المالي للعقد ، ودون اشتراط درجة معينة من الجسامة في هذا الضرر . ونظرا لأن تصرفات الادارة وتدخلاتها أثناء تنفيذ العقد الاداري ، يحدوها تحقيق الصالح العام الذي يجب أن يسمو على الصالح الخاص للأفراد ، الا أن ذلك لا ينفي حقيقة أن ايثار الصالح العام على الصالح الخاصة للمتعاقد مع الادارة ، ليس معناه التضحية بهذه المصالح الخاصة . ولهذا وجب تقرير مسئولية الادارة في هذه الحالة بشروط خاصة اذا توافرت ، أمكن اثارة هذه المسئولية العقدية . ولكنها مسئولية عقدية دون خطأ ، لا مثيل لها في روابط القانون الخاص . وهذا هو مايطلق عليه " عمل الأمير " بصفة عامة ، تلك الفكرة التي ينظر اليها بعض الفقهاء على أنها ماتزال غير واضحة المعالم (٢) ، والتي يعتبرها البعض الآخر

---

(١) يلاحظ أننا التزمنا الترتيب الوارد بالمتن بصدد التعريف بالظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد ، من زاوية مدى صلة الادارة بمصدر الفعل المسبب للضرر . وهذه الصلة تظهر في أجلى صورها في حالة عمل الأمير ، حيث الغرض — وكما سنرى بعد قليل — أن عمل الأمير يجب أن يكون صادرا من جهة الادارة المتعاقدة . أما مصدر الفعل المسبب لقلب اقتصاديات العقد في حالة الظروف الطارئة فانه قد يكون منسوبا لجهة الادارة المتعاقدة أو غيرها وقد يكون مستقلا عن عمل الادارة بصفة مطلقة . في حين أن مرجع الصعوبات المادية غير المتوقعة يجب أن يكون من غير عمل الادارة .

(٢) الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي ، الأسس العامة للعقود الادارية ، =

من أكثر نظريات العقد الاداري غموضا .(١)

ويمكن أن نعرف عمل الأمير بأنه عمل يصدر من سلطة عامة متعاقدة، دون خطأ من جانبها ، لم يكن في الوسع توقعه أو توقع الآثار المترتبة عليه، ينجم عنه تسوىء مركز المتعاقد في عقد اداري ، ويترتب عليه اثارة مسئولية الادارة العقدية دون خطأ ، والتزامها بتعويض المتعاقد تعويضا كاملا عن كافة الأضرار التي تلحق به من جراء ذلك ، بما يعيد التوازن المالي للعقد .(٢)

= المرجع السابق ، ص ٥٦٧ .

وانظر في نفس المعنى :

الدكتور علي الفحام ، رسالة بعنوان " سلطة الادارة في تعديل العقد الاداري " دراسة مقارنة ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، ١٩٧٥، ص ٣٢٤ ومابعدها.

(١) - A. De Laubadère, T.C.A., L.G.D.J., 1e éd, 1956, t. 3, p. 24: "La théorie du fait du prince est l'une des plus confuses du droit des contrats administratifs ...."

(٢) ويعرف الأستاذ " فالين " عمل الأمير بقوله :

"On appelle fait du prince, un acte de l'autorité publique aggravant, sans faut, le situation d'un co-contractant d'une collectivité publique".

يراجع

- **M. Waline**, "Traité de droit administratif", Sirey, 9e éd., 1963, p. 620.

ويعرفه استاذنا الدكتور العميد سليمان الطماوي في مؤلفه في العقود ، المرجع السابق ص ٥٦٧ ، بقوله : " عمل يصدر من سلطة عامة ، دون خطأ من جانبها ، ينجم عنه تسوىء مركز المتعاقد في عقد اداري ، ويؤدي الى التزام جهة الادارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المضرور عن كافة الأضرار التي تلحقه من جراء ذلك بما يعيد التوازن المالي للعقد ".

ويقوم هذا التعريف على العناصر التالية :ـ

١ ـ أن الاجراء المكون لعمل الأمير وسواء كان اجراء خاصا أو عاما ، يجب أن يكون صادرا من جهة الادارة . وبالتالي لا يمكن وفقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسي والمصري حاليا ، أن تثار مسئولية الادارة العقدية دون خطأ في نطاق تطبيق نظرية عمل الأمير، اذا ماكان مرجع الاجراء الضار الى غير جهة الادارة المتعاقدة (١) . وهو مايستلزم تحديدا لمفهوم فكرة السلطة المتعاقدة . ومن ناحية أخرى فان هذا العنصر يثير تساؤلاً يتعلق بالمجال المحدد لتطبيق كل من نظرية عمل الأمير والظروف الطارئة ، وهل توجد تفرقة بين مجال محدد للظروف الطارئة ومجال آخر لنظرية عمل الأمير في نطاق الاجراءات الصادرة من جهة الادارة المتعاقدة ؟ وسوف نرجىء الاجابة عن هذه التساؤلات ، حيث سنتناولها بالدراسة التفصيلية في الفصل الثاني من القسم الاول .

٢ ـ ان مسئولية الادارة في نطاق نظرية عمل الأمير، وان كانت مسئولية عقدية ، الا أنها مسئولية عقدية بلا خطأ . أما اذا انطوى تصرف الادارة على خطأ ، فلا مجال لتطبيق نظرية عمل الأمير، وتسأل الادارة على أساس المسئولية العقدية طبقا للقواعد العامة على أساس الخطأ . (٢)

---

(١) يراجع على سبيل المثال من أحكام مجلس الدولة الفرنسي :
- C.E. 4 mars 1949, Ville de Toulon, Rec. p. 197; 5 Novembre 1982, Sté Propétrol, Rec. p. 381, A.J.D.A. 1983. 259, Concl. Labetoulle, D. 1983. 245, note J.P. Dubois.
ومن أحكام المحكمة الادارية العليا :
حكمها الصادر في ١١ مايو سنة ١٩٦٨ ، مجموعة أحكام المحكمة الادارية العليا ، س ١٣ ، ص ٨٧٤ .

(٢) - P. Delvolvé, "Responsabilité contractuelle", in Encyclopédie Dalloz de Droit public, 1987, n°. 219 et s.

٣ _ ان الاجراء الصادر من جهة الادارة المتعاقدة يجب أن يكون غير متوقع أو لم يكن في الامكان توقعه أثناء ابرام العقد. الا أن محل عدم التوقع لا ينصب فقط على الاجراء في حد ذاته في جميع الفروض ، ولكن يمكن أن ينصب عدم التوقع على النتائج المترتبة على الاجراء ومدى حسامة هذه النتائج ، حتى ولو كان الاجراء ذاته أمرا متوقعا.(١)

٤ _ لا يشترط في الضرر المترتب على عمل الأمير أي قدر من الجسامة. بل ان النظرية قد تجد مجالا للتطبيق ، حتى ولو تمثل الضرر في مجرد انقاص الربح الذي كان يأمل المتعاقد في تحقيقه.(٢)

٥ _ ان فكرة عمل الأمير من الأفكار الادارية التي لا مقابل لها في القانون الخاص. وبالتالي لا تثار هذه الفكرة الا بصدد عقد اداري بالمعنى الفني، وهو ما يستلزم التعرض بشيء من التفصيل لمعيار تمييز العقد الاداري والأسس التي يقوم عليها هذا المعيار.(٣)

وفيما يتعلق بالاجراءات الصادرة من الادارة والتي قد تؤثر على العقود المبرمة بين الأفراد، فانها لا تعدو أن تكون عملا من أعمال الغير بالنسبة لطرفي العقد. ولهذا فانه في القانون الخاص، فان عمل الأمير كحادث خارجي عن طرفي العقد، ليس الا حالة من حالات القوة القاهرة(٤) ، وهي بالطبع تختلف اختلافا جذريا عن فكرة عمل الأمير بالمفهوم الاداري.

---

(١) يراجع في هذا المعنى :
الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي ، العقود ،المرجع السابق ص ٥٧٢.

(٢) - J. Georgel, "Exécution du contrat administ-ratif", J.C.A., 1984, Fasc. 512, n°. 70.

(٣) وهو ما سنتعرض له بالدراسة في المبحث الأول من الفصل الأول في القسم الأول لهذا البحث.

(٤) - S. Badaoui, "Le fait du prince dans les contrats administratifs en droit français et en droit égyptien"., Thèse, L.G.D.J., 1954, p. 2.;
- F. Chabas, "Force majeure", Repertoire Dalloz de droit civil, 2e éd, 1985, t. 5, n°. 17.

(٢) الظروف الطارئـــــة "L'imprévision"

عندما تختل اقتصاديات العقد اختلالا جسيما نتيجة ظروف استثنائيـــة، لم يكن في الوسع توقعها عند ابرام العقد ، وتؤدى الى جعل التنفيذ أكثـــــر ارهاقا للمتعاقد ، بما يترتب عليها من خسائر تجاوز في حدتها الخسارة العادية المألوفـــة في التعامل ، فان للمتعاقد الحق في طلب مساعدة جهـــة الادارة للتغلب على هذه الظروف ، ومشاركة منها في تحمل جزء من الخسارة التـــى حاقت به . فالظروف الطارئة وان كانت لا تؤدى الى جعل تنفيذ العقـــــد مستحيلا ، الا أنها تؤدى الى قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب .والمتعاقد يجب عليه الاستمرار في تنفيذ التزاماته العقدية ، على الرغم من هذه الظـــروف الاستثنائية . وليس من العدل أن يترك هذا المتعاقد وشأنه ، يتحمل وحده مغبـــة هذه الظروف التي لم يكن في امكانه أن يتوقع حدوثها ، كما أنه ليس من صالح الادارة أن يتعثر تنفيذ العقد وما يترتب على ذلك من آثار على سيـــــر المرفق العام الذي يخدمه هذا العقد . (١)

ولقد نشأت نظريـــة الظروف الطارئة لمواجهة أزمة مؤقتة تطرأ أثنـــاء تنفيذ العقد ، بما يمكن معه القول بأن تلك النظرية ـ التي تشغل مكانـــا بارزا في النظرية العامة لعوائق تنفيذ العقد ـ مخصصة لتدارك موقف غيـــــر تعاقدى أو بالأحرى خارج عن النطاق التعاقدى "Situation extracontractuelle" فمجلس الدولة الفرنسي في العديد من أحكامه المتعلقـــة بنظرية الظروف الطارئة ، يستخدم مصطلحات تعبر عن هـــذا الموقف غير التعاقدى ، الذى ينشأ نتيجة للظرف الطارىء . فالفترة التـــى يستغرقها الظرف الطارىء هى فترة غير تعاقدية "Période extracontractuelle" والتكاليف والنفقات التي يتكبدها المتعاقـــد

---

(١) - A. De Laubadère, J.C. Venezia, Y. Gaudemet, "Traité de droit administratif", L.G.D.J., 10e éd., 1988, t. 1, p. 636.

خلال هذه الفترة ، هى تكاليــف أو نفقــات غير تعاقديــة "Charge extracontractuelle"(١) بل ان حكم مجلس الدولة الفرنسى فى قضيــة "Gaz de Bordeaux"(٢) الذى ولدت به نظرية الظروف الطارئــة والذى تضمن الأحكام الرئيسية والتفصيلية لهذه النظرية ، قد عبر عن هــذه الظروف التى تطرأ أثناء تنفيذ العقد ، بأنها ظـــروف غيـــر تعاقديــة "Circonstances extracontractuelle" وعلى الرغم مــــن أن الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الادارى والمحكمة الادارية العليا فى مصـر والمتعلقة بنظرية الظروف الطارئة ، لم يستخدم فى صياغتها مثل هـــذه المصطلحات التى درج مجلس الدولة الفرنسى أن يضمنها أحكامه الصادرة فــى هذا الشأن ، الا أن هذه المصطلحات قد تعكس بعض الأفكار الرئيسيــة لنظرية الظروف الطارئة فالموقف " غير التعاقدى " لا يعنى مجرد أزمــة يتعرض لها المتعاقد ، وانما هو موقف غير عادي واستثنائى وقلب لاقتصاديات العقد • واذا اتصف الموقف الذى يتعرض له المتعاقد بأنه " غير تعاقــدى" وخارج عن نطاق نصوص العقد ، فان ذلك يبرر الخروج عن تلك النصــوص، والخروج على قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين وأنه يلزم طرفى العقد بمـا تم الاتفاق عليه • وهو مايعنى أن الموقف غير التعاقدى يضفى مرونة علــى

---

(١) يراجع على سبيل المثال :

- C.E. 5 novembre 1982, Soc. Propétrol, précité; 20 decembre 1985, Administration générale de l'assistance publique à Paris, R.D.P., 1986, p. 1729.

(٢) - C.E. 30 mars 1916, Cie générale d'éclairage de Bordeaux, Rec. p. 125, Concl. Chardenet, D. 1916, 3, 25, Concl. Chardenet.

مبدأ قوة العقد الملزمة ، استجابة لحاجة ملحة تقتضيها العدالة . ويعكس الموقف " غير التعاقدي " أنه موقف مؤقت يتعرض له المتعاقد ، ويترتب على ذلك أن المتعاقد يتعين عليه أن يستمر في تنفيذ التزاماته العقدية على الرغم من وجود الظرف الطارىء المؤقت . أما اذا استدام الموقف غير التعاقدي ، فان العقد مآله الى الفسخ بطبيعة الحال (١) . كما أن الموقف المؤقت يعني أن التزام الإدارة بمساعدة المتعاقد معها ومشاركتها له في تحمل جزء من الخسارة التي ترتبت على الظرف الطارىء ، انما هو التزام مؤقت ، وبحيث يجب البحث عن حل آخر وعدم تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، اذا ثبت أن المتعاقد لن يمكنه الاستمرار في تنفيذ التزاماته العقدية الا بمعاونة دائمة من جهة الادارة . (٢)

والظروف الطارئة قد يكون مرجعها الى حوادث استثنائية عامة كالزلازل أو الحروب ، وما يترتب عليها من اضطراب اقتصادي يؤثر على اقتصاديات العقد فيقلبه رأسا على عقب ، الا أن قلب اقتصاديات العقد قد يرجع أيضا الى

---

(١) - **R. Chapus**, "Droit administratif général", Montechrestien, 4e éd, 1988, t. 1, p. 752.

(٢) ولقد أتيحت الفرصة لمجلس الدولة الفرنسي لكي يضيف مبدأ جديدا للمبادىء التي تضمنها حكم " غاز بوردو " ، لمواجهة حالة قلب اقتصاديات العقد بصفة نهائية ، وذلك في حكمه الشهير في قضية **"Cie des tramways de Cherbourg"** الصادر بتاريخ ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٢ (المجموعة ص ١٠٥٠) وسوف نلقي مزيدا من الضوء على هذه الجزئية عند التعرض بالدراسة لما يطلق عليه " فكرة القوة القاهرة الادارية " وذلك في المبحث الثاني من الفصل الأول من القسم الثاني من هذا البحث .

تدخلات جهة الادارة ، حيث أقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي (١) ـ وتابعه في ذلك قضاء مجلس الدولة المصري (٢) ـ بطريقة لا تقبل الجدل ، تطبيق نظرية الظروف الطارئة في حالة قلب اقتصاديات العقد الناجم عن اجراءات صادرة من السلطات العامة . وسوف نرى أن نظرية الظروف الطارئة يمكن أن تجد مجالا للتطبيق سواء أكان مصدر الظرف الطارئ نتيجة عمل جهة الادارة المتعاقدة أو من عمل جهة ادارية أخرى .

ولقد أبرزت المحكمة الادارية العليا في حكمها الصادر في ١٨ ديسمبر ١٩٨٤ (٣) ، العناصر الأساسية والأحكام الرئيسية التي تقوم عليها نظرية الظروف الطارئة ، مستخدمة في ذلك صياغة تعبر عن فهم عميق لهذه الأحكام وفقا لأحدث التطورات التي انتهجها مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد وقد جاء بهذا الحكم قول المحكمة أن " مجال إعمال نظرية الظروف الطارئة أن تطرأ خلال تنفيذ العقد الاداري حوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية ، سواء من عمل الجهة الادارية المتعاقدة أو من غيرها ، ولم تكن في حسبان المتعاقد عند ابرام العقد ولا يملك لها دفعا وأن يترتب عليها أن تنزل بالمتعاقد خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالا جسيما ، ومؤدى هذه

---

(١) يراجع من أحكام مجلس الدولة الفرنسي :

- C.E. 4 mai 1949, Ville de Toulon, Rec. p. 197; 15 juillet 1949, Ville d'Elbeuf, Rec. p. 358; 12 mars 1976, Département des Hautes-Pyrénées C. Société Sofilia, Rec. p. 155; 5 nov. 1982, Société Propétrol, précité.

(٢) ويراجع من أحكام المحكمة الادارية العليا :
حكمها الصادر في ١١ مايو سنة ١٩٦٨ ـ سبقت الاشارة اليه ؛
حكمها الصادر في ١٧ يونيه سنة ١٩٧٢ ، المجموعة السنة ١٧ ، ص ٥٧٦ . وأيضا حكمها الصادر في ١٦ مايو سنة ١٩٨٧ في الطعن رقم ٣٥٦٢ لسنة ٢٩ ق ـ غير منشور .

(٣) مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الادارية العليا ، السنة ٣٠ ، العدد الأول ص ٢٥٠ .

النظرية بعد توافر شروطها الزام جهة الادارة المتعاقدة مشاركة المتعاقد معهـــا في تحمل نصيب من الخسارة التي حاقت به طوال فترة قيام الظرف الطارئ..."

واذا كانت نظرية الظروف الطارئة تقوم على أساس مشاركة جهـــة الادارة للمتعاقد معها في تحمل جزء من النفقات غير التعاقدية التي تكبدها نتيجـــة الظرف الطارئ ، فان ذلك يعني أن التعويض الذي تلتزم به جهـــة الادارة لا يستهدف تغطية الربح الضائع أيا كان مقداره ، ولا يستهدف تغطية الكســب الذي كان يأمل المتعاقد في تحقيقه . فهذا التعويض نظرا لأنه يرمي أساسا الـى تأكيد استمرارية سير المرفق العام بانتظام واطراد ، فانه يهدف الى حـل ضائقـة أو أزمة التنفيذ من خلال توحيد جهود الادارة والمتعاقد للتغلب على هـــذه الضائقـة الطارئة . ويترتب على ذلك أنه لا محل للتعويض عن الظرف الطـارئ الا اذا ترتب عليه تحقيق خسارة فادحة توصف بأنها قلب لاقتصاديات العقد رأسا على عقب . وعلى ذلك فان من الأفكار التي تهيمن على نظرية الظروف الطارئـة، فكرة التعاون والتعاضد والمشاركة بين طرفي العقد ، لمحاولة مواجهة حالـــة الظرف الطارئ، ومحاولة البحث عن اتفاق للتغلب على هذه الحالة ، وفي حالة الاخفاق في هذا المسعى ، فان مواجهة هذه الحالة تقوم على أساس التعـــاون المالي تحت شكل مساهمة الطرفين في تحمل جزء من الخسارة .(١)

(٣) الصعوبات المادية غير المتوقعة: "Les sujétions imprévues".

أثناء تنفيذ العقد الاداري ، قد يصادف المتعاقد صعوبات ماديـــة ذات طبيعة غير عادية واستثنائية ، لم تكن متوقعة أو لم يكن في الوســع توقعها عند ابرام العقد ، وتؤدي الى جعل تنفيذ العقد اكثر ارهاقـــا ، مما يتيح للمتعاقد أن يطالب بتعويضه تعويض كامل عن الأضرار التـــي أصابته.(٢) ولكي يمكن للمتعاقد أن يطالب بالتعويض في نطاق نظريـــة

---

(١) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 563.

(٢) - Y.D. Moscet, "La théorie des sujétions imprévues et le nouveau C.C.A.G.", Mon. T.P. 5 décembre 1977, p. 97.

الصعوبات المادية غير المتوقعة ، يجب أن تكون تلك الصعوبات من طبيعـــة مادية وغير عادية او استثنائية • وغالبا ماتكون الصعوبات المادية ناتجة عـــن الظواهر الطبيعية ، الا أنها قد ترجع أيضا الى فعل الغير، وفي الحالتين فهي مستقلة عن ارادة طرفي العقد (١) • وكما هو الشأن بالنسبة لعمل الأميـــر والظروف الطارئة ، فان الصعوبات المادية يجب أن تكون غير متوقعة، ولم يكن في الوسع توقعها عند ابرام العقد.فشرط عدم التوقع أو عدم امكان التوقع يخضـــع لمعيار موضوعي ولا يختلف تقديره من نظرية لأخرى ، بل إنه هو ذاتـــه المتطلب عند تقدير وجود حالة من حالات القوة القاهرة (٢) •

الا أنه يجب التمييز بين نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وبيـن بعض الأفكار الأخرى المتعلقة بحوادث أو أفعال قد تطرأ أثناء تنفيذ العقـــد الاداري •

فنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة يجب تمييزها عن نظرية القـوة القاهرة والتي تعتبر المصدر التاريخي لها • ذلك أن مجلس الدولة الفرنســـي حينما خلق نظرية الصعوبات المادية منذ حوالي منتصف القرن التاسع عشـــر ، وأقر تعويض المتعاقد عن هذه الصعوبات ، انما ابتدع هذه النظرية وأســـس التعويض فيها استنادا الى التفسير الواسع لنص المادة ٢٨ من كراسة الشـــروط

---

(١) - **J. Catz**, "Le risque du sol dans le reglement des marchés de travaux publics et privés", Thèse, Paris 2, 1980, p. 98 et s.

(٢) - **A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé**, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 507 et 522.

والمواصفات العامة للطرق والكبارى (C.C.G. des ponts et chaussées) والمتعلقة بحالة تعويض المتعاقدين عن الهلاك والضرر الناجم عن القوة القاهرة (١).

حقيقة هناك أكثر من وجه للشبه بين النظريتين ، الا أن هناك أيضا فروقا جوهرية بينهما ، خاصة فيما يتعلق بالنتائج المترتبة على كل منهما .

فمن أوجه الشبه ، أن الفعل المكون للقوة القاهرة يجب أن يكون أجنبيا عن ارادة المتعاقدين ، كما أن الصعوبات المادية يجب أن تكون مستقلة عن ارادة طرفي العقد ولا يد لأى منهما فى احداثها أو زيادة آثارها .

وفضلا عن ذلك فان النظريتين تشتركان في خاصية عدم التوقع أو عدم امكان التوقع للفعل أو الصعوبة . أيضا فانه من الممكن فى بعض الحالات الخاصة ، منح تعويض للمتعاقد عن الأضرار التى تترتب على حالة القوة القاهرة (٢)، مثلما يحدث فى التطبيق بالنسبة للأضرار المترتبة على الصعوبات المادية غير المتوقعة .

ومن أوجه الخلاف التى ترجع الى طبيعة الفعل أو الصعوبة، أن الفعل المكون للقوة القاهرة يمكن أن يكون من أى طبيعة كانت ، طالما توافرت الشروط الثلاثة : الحادث الخارجى ، عدم التوقع ، وعدم امكان الدفع . أما الصعوبات غير المتوقعة فيجب أن تكون من طبيعة مادية فقط .

ومن جهة النتائج المترتبة على كل من النظريتين ، فان القوة القاهرة تؤدى الى استحالة التنفيذ استحالة مطلقة ، مما يبرر إعفاء المتعاقد من تنفيذ

---

(١) - M. Waline, "L'évolution récente des rapports de l'État avec ses co-contractants"., R.D.P., 1951, p. 28.

(٢) سوف نلقى مزيدا من الضوء على هذه الجزئية عند تناول النتائج القانونية لحالة القوة القاهرة وذلك فى القسم الثانى من هذا البحث (المبحث الثانى من الفصل الأول) .

التزاماته العقدية . أما الصعوبات المادية غير المتوقعة فانها تؤدى الى جعل تنفيذ العقد أكثر ارهاقا وأكثر كلفة من الناحية المالية ، مما يبرر منح المتعاقد — الذي يستمر في تنفيذ العقد على الرغم من هذه الصعوبات — تعويضا كاملا عن كافة الأضرار التي أصابته . (١) وهكذا تلتقي نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة مع نظرية عمل الأمير في تقرير قاعدة التعويض الكامل الذي يغطى جميع الأضرار التي تلحق بالمتعاقد ، في حين أنها تختلف عن نظرية الظروف الطارئة من حيث أن التعويض عن تلك الظروف ليس الا تعويضا جزئيا عن الخسائر الفعلية التي تلحق بالمتعاقد . (٢)

ويجب أيضا تمييز نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة عن نظرية عمل الأمير . فعلى الرغم من أن التعويض الذي يحصل عليه المتعاقد استنادا الى أي من هاتين النظريتين ، تعويضا كاملا ، الا أنه بالنظر الى أن العمل الضار في نطاق عمل الأمير يجب أن يكون مرجعه الى جهة الادارة المتعاقدة ، وأنه بالنظر الى أن الصعوبات المادية يجب أن تكون مستقلة وأجنبية عن ارادة طرفي العقد ، فان أساس المسئولية ليس واحدا في الحالتين . وان كان يجمعهما أن مسئولية الادارة تتقرر دون خطأ من جانبها ، الا أن المسئولية في نطاق نظرية عمل الأمير هي مسئولية تعاقدية دون خطأ ، في حين أنه لا يصح الحديث عن مسئولية تعاقدية في حالة الصعوبات المادية غير المتوقعة ، حيث الفرض أن تلك الصعوبات أجنبية عن ارادة طرفي العقد . (٣)

---

(١) - **J. Georgel**, J.C.A., Fasc. 512, Op. Cit., n°. 131.

(٢) يراجع في هذا الصدد بحث للأستاذ الدكتور أنور رسلان عن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة والمنشور في مجلة القانون والاقتصاد — العددان الثالث والرابع من السنة الثامنة والاربعون ، ص ٨٢٤ — وأيضا مذكرات لطلبة الدراسات العليا بكلية الحقوق — جامعة الحقوق — جامعة عين شمس بعنوان " نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة " — بدون تاريخ — ص ٥٧ .

(٣) - **P. Delvolvé**, "responsabilité contractuelle", Op. Cit., n^os. 107 et 219.

وفى نطاق التعريف بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، يجب التمييز بينها وبين نظرية الظروف الطارئة ، خاصة أنه يوجد مجال مشترك بينهما فيما يتعلق بمصدر الظرف الطارىء والصعوبة المادية . فكما سبق أن ذكرنا فان مصدر الظرف الطارىء قد يكون فعل جهة الادارة ، وقد يكون مستقلا عن ارادة طرفى العقد ، وفى هذه الحالة الأخيرة يتشابه مع مصدر الصعوبات المادية غير المتوقعة. وبصرف النظر عن المعيار الذى يلجأ اليه القاضى لتحديد النطاق الذى يفصل بين هاتين النظريتين عندما يكون مصدر الضرر راجعا الى الظواهر الطبيعية (١) ، فان الصعوبات غير المتوقعة يجب أن تكون من طبيعة مادية، ولهذا أثره على مجال التطبيق العملى لهذه النظرية والذى غالبا مايكون متعلقا بعقود الأشغال العامة .

ومن ناحية أخرى فان الصعوبات المادية غير المتوقعة تتيح للمتعاقد الحصول على تعويض كامل لمواجهة كافة النفقات الاضافية التى تكبدها والتى تجاوز ماكان مقدرا فى العقد ، دون اشتراط أى قدر من الجسامة فى الضرر الذى أصابه . فى حين أن التعويض الجزئى الذى يمكن أن يحصل عليه المتعاقد فى حالة تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، يشترط معه أن يصل الضرر الى قلب لاقتصاديات العقد رأسا على عقب . وهنا تلتقى النظريتان فى حالة تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة على العقود الجزافية ، حيث يجب فى هذه الحالة أن يصل الضرر الى قلب اقتصاديات العقد . (٢)

---

(١) وهو ما سنتعرض له بالتفصيل المناسب فى المبحث الأول من الفصل الثانى فى القسم الأول من هذا البحث .

(٢) - J.M. Auby, R.D - Ader, "Droit administratif", Dalloz, 7e éd., 1986, p. 594.

ثانيا : نشـــأة النظريات الثـــلاث

نشأت كل من النظريات الثلاث نشأة قضائية ، فهي من خلق مجلـــس الدولة الفرنسي ، كما أنه يرجع اليه الفضل في ابراز العناصر التي تقوم عليهـــا هذه النظريات ، والتطور الذى لحق بها من خلال التعديلات التى أدخلهـــا المجلس عليها • وقد سلم مجلس الدولة المصرى بهذه النظريات منذ أن اختـــص بالنظر فى منازعات العقود الادارية ، متأثرا فى ذلك بالتطبيقات القضائية التـــى تذخر بها قضاء مجلس الدولة الفرنسي • ولعله من المفيد أن نستعرض النشـــأة القضائية لتلك النظريات والتطورات التى لحقت بها ، مستعينين فى ذلـــك بالأحكام الكبرى لمجلس الدولة الفرنسي والمصرى •

(١) نشأة وتطور نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة :

ابتدع مجلس الدولة الفرنسي هذه النظرية منذ حوالي منتصف القـــرن التاسع عشر ، استنادا الى التفسير الواسع للمادة ٢٨ من كراسة الشـــروط والمواصفات العامة للطرق والكبارى (١) ، التى كانت تقرر تعويض المتعاقـــد فى حالة الهلاك أو التلف والخسائر الناتجة عن حالة القوة القاهـــرة (٢). ويشير الأستاذ " فالين " الى أن مجلس الدولة الفرنسي طبق هذه المـــادة ليس فقط بالنسبة الى التلف أو الهلاك الذي يصيب التجهيـــزات والأدوات الخاصة بالمقاول أو بالمشروع — وهو التطبيق العادى لتلك المادة — وانمـــا توسع المجلس فى تفسير نص المادة ٢٨ وطبقها فـــى حالة القوة القاهـــرة التى يتحقق فيها هلاك أو تلف يمكن أن يقوم بالمال ، وبصفة عامـــة كـــل النفقات غير المتوقعة التى تكبدها المتعاقد من جراء النتائج المترتبـــة

---

(١) "L'article 28 de l'ancien C.C.G. des Ponts et Chaussées".

(٢) " .... pertes, avaries ou dommages occasionnés par un cas de force majeure".

على حالة القوة القاهرة [١] . وفى حالة عدم امكان تطبيق المادة ٢٨ المتعلقة بالقوة القاهرة على الرغم من هذا التفسير الواسع ، وعلى الرغم من أن كراسات الشروط والمواصفات العامة كانت تتضمن نصوصا تمنع مراجعة الثمن ؛ فان مجلس الدولة الفرنسى قد سلم بحق المقاول فى التعويض عن الصعوبات غير المتوقعة التى تصادفه أثناء تنفيذ العقد ، دون خطأ من جانبه ، ودون أن تكون هذه الصعوبات نتيجة لعمل الادارة [٢] . ويذكر الأستاذ " فالين " أن أول حكم صدر فى هذا الشأن ، هو حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١٨ مارس سنة ١٨٦٩ فى قضية **"Veyret"** [٣] .

---

(١) - **M. Waline**, Article précité, p. 28.

وانظر تطبيقا لذلك من أحكام مجلس الدولة الفرنسى التى أشار اليها الاستاذ " فالين " :

- C.E. 24 juin 1846, Duché: (neige et froid ayant rendu des routes impraticables).
- C.E. 30 juin 1866, Alazard: (pluies exceptionnelles ayant rendu l'accès des chantiers impossible pendant plusieurs jours).

(٢) - **J. Catz**. Thèse précitée, p. 95.

(٣) ويتعلق موضوع الدعوى بعقد انشاء طريق ، حيث تم تحديد ثمن الأشغال محل التعاقد على افتراض أن طبيعة الأرض المقام عليها الطريق تتراوح بين الرخاوة والصلابة ، واعتمادا على قاعدة معينة تحدد نسبة كل من الأرض الصلبة والرخوة لمجموع الأشغال . ثم اتضح أن نسبة الأرض الصلبة لمجموع الأشغال فى الجزء الذى تم من الطريق ، أكبر ضخامة مما كان قد قدر عند تحديد الثمن المبين فى العقد . وازاء ذلك قضى المجلس بأن هناك مايدعو الى تعديل الثمن المتفق عليه ، أخذا فى الاعتبار نسبة الأرض الصلبة الى الأرض الرخوة. لمزيد من التفاصيل يراجع مقال الأستاذ فالين السابق الاشارة اليه ص ٢٨ .

وقد تأكد هذا القضاء بعد ذلك في حكمي مجلس الدولة الفرنسي "Lacroix - Many et Renard" الصادرين في ٢٦ يوليو سنة ١٨٨٩ (١) ، حيث قضى المجلس بأن المتعاقد الذي لم يثبت أنه قد صادف أرضا ذات طبيعة تختلف عن تلك التي أشير اليها في العقد ، ليس له أن يطلب زيادة السعر • وبمفهوم المخالفة ، فان المتعاقد له الحق في طلب التعويض اذا واجه أثناء تنفيذ العقد ، تربة ذات طبيعة غير عادية وغير متوقعة عما كان مقدرا في العقد •

وفي العام التالي مباشرة لهذين الحكمين ، وافق مجلس الدولة الفرنسي على زيادة الثمن المحدد في العقد لأن أعمال الحفر قد واجهت تربة صخرية شديدة الصلابة ، وذات طبيعة استثنائية وغير متوقعة • وكان ذلك في حكميه الصادرين في ٢٨ مارس سنة ١٨٩٠ ، في قضية "Albouy" (٢) وقضية "Rosazza" (٣) •

وفي سياق تطور نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، أعلن مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في ٢٢ فبراير سنة ١٩٢٢ في قضية "Albouy" (٤) ، أن الطبيعة الجزافية للعقد لا تعد عائقا أمام طلب التعويض ، اذا واجه المتعاقد صعوبات مادية غير متوقعة • الا أن مجلس الدولة الفرنسي قد اشترط اعتبارا من حكمه الصادر في ١٣

---

(١) المجموعة ص ٨٩٨ و ص ٩٠١ •

(٢) المجموعة ص ٣٧٧ •

(٣) المجموعة ص ٣٧٦ •
وتراجع الأحكام التي أشار اليها الأستاذ " فالين " في مقاله السابق الاشارة اليه ص ٢٩ •

(٤) المجموعة ص ١٦٩ : ويلاحظ أن مجلس الدولة الفرنسي في هذا الحكم ، رفض تعويض المتعاقد تأسيسا على أن الصعوبات التي واجهها والتي تمثلت في اجتياح كميات من المياه لموقع الأشغال لا تعتبر صعوبات استثنائية وبالتالي عدم توافر شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة •

مارس سنة ١٩٣٦ فى قضية **"Ministre de la Marine"** (١)
أن يصل الضرر الى قلب اقتصاديات العقد الجزافي رأسا على عقب • وعبارة " قلب اقتصاديات العقد " ، هي ذات العبارة التي وردت في الأحكام الكبرى لنظرية الظروف الطارئة، اعتبارا من حكم المبدأ في قضية " غاز بوردو " في ٣٠ مارس سنة ١٩١٦ (٢) • كما أن هذا التطور في قضاء مجلس الدولة الفرنسي فيما يتعلق بامكانية منح المتعاقد تعويضا عن الصعوبات المادية غير المتوقعة في حالة قلب اقتصاديات العقد ذي الطبيعة الجزافية ، قد أشار اليه وأبرزه مفوض الحكومة **"Chardenet"** في تقريره الشهير أمام مجلس الدولة الفرنسي في قضية غاز بوردو • (٣)

---

(١) المجموعة ص ٣٣١ ، ومنشور أيضا في مجموعة دالوز سنة ١٩٣٩ ، ص ٢٥٦ •

ويراجع من أحكام مجلس الدولة الفرنسي التي أكدت هذا المبدأ :

- C.E. 6 mai 1936, Min. Guerre C. Regnier, Rec. p. 508.
- C.E. 8 novembre 1938, Léauté, Rec. p. 363.
- C.E. 23 mai 1939, Commune de Thiverny, Rec. p. 871.

ومن أحكام مجلس الدولة الفرنسي الحديثة نسبيا :

- C.E. 13 Octobre 1978, Departement de la Vendée, Rec. p. 871.
- C.E. 12 mai 1982, Sté des autoroutes Paris-Rhin-Rhône, Rec. p. 175.

(٢) المجموعة ص ١٢٥

(٣) - Concl. Chardenet, sur C.E. 30 mars 1916, Gaz de Bordeaux, S. 1916, 3, 17: "Vous avez admis bien souvent qu'en cas de difficultés exceptionnelles qu'aucune des parties contractantes n'avait pu prévoir, le contrat ne pouvait plus être exécuté dans les conditions où il avait été passé. Est-il nécessaire de vous rappeler les très nombreuses décisions rendues par vous en matière de travaux publics, lorsque des entrepreneurs avaient rencontré des terrains d'une nature toute à fait imprévue? Et vous l'avez fait sans vous laisser arrêter par des clauses des cahiers des charges qui prévoyaient un prix unique forfaitaire pour les déblais de

ولقد اتضحت معالم نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة واستقرت الأحكام التي تقوم عليها مع تواتر التطبيقات القضائية لها في قضاء مجلس الدولة الفرنسي ، وأصبحت أحد مبادىء النظام القانوني للعقود الادارية . (١)

أما في مصر ، فان أستاذنا الدكتور العميد الطماوي يشير الى أنه "على الرغم من حداثة القضاء الاداري في مصر بصفة عامة ، وحداثة اختصاصه في مجال العقود الادارية من ناحية خاصة ، فقد أتيح له أن يطبق هذه النظرية، وأن يعرفها تعريفا مفصلا في بعض أحكامه". (٢)

ومن أوائل الأحكام التي صدرت عن محكمة القضاء الاداري المصرية ، والتي طبقت فيها نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ـ فيما نعلم ـ حكمها الصادر في ٥ مايو سنة ١٩٥٣ (٣). واذا كانت محكمة القضاء الاداري في هذه الحكم ـ الذي يتعلق بالصعوبات التي صادفت المقاول بسبب الأتربة المتكتلة التيواجهته أثناء الحفر بصورة غير متوقعة وبنسبة تقارب ٢٥٪ من مجموع الأشغال ـ قد خلطت في خصوصية تعويض المتعاقد ، بين نظريتي الظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة ، حين تحدثت عن مشاطرة الحكومة للمدعي في تحمل نصف قيمة زيادة التكاليف الناشئة عن تكتل الأتربة ، الا أن المحكمة عادت وأبرزت في أحكامها اللاحقة حق المتعاقد في التعويض

---

toutes natures quelles qui puissent être les difficultés rencontrées dans l'extraction des materiaux...."

(١) يراجع في هذا المعنى .
الأستاذ الدكتور أنور رسلان ، مذكراته لطلبة الدراسات العليا بكلية الحقوق ـ جامعة عين شمس ، المرجع السابق ، ص ٧ .

(٢) مؤلفه في العقود ، المرجع السابق ص ٦٥٢ .

(٣) مجموعة المبادىء القانونية التي قررتها محكمة القضاء الاداري ، السنة السابعة ، ص ١٠٤٧ .

الكامل في حالة توافر شروط تطبيق نظريـــة الصعوبات المادية غير المتوقعة. (١)

ومن أبرز أحكام محكمة القضاء الاداري المصرية التي كشفت عن فهم عميق لأحكام ومبادىء نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، حكمها الصادر فــي ٢٠ يناير سنة ١٩٥٧ (٢) ، والتي عرفت فيه تلك النظرية تعريفا مفصـــلا ، وأجملت فيه شروط تطبيقها ، وان كانت قد انتهت في حكمها الى تخلف الشروط الواجب توافرها لاستحقاق التعويض في الواقعة محل النزاع . ولقد أتيحـــت الفرصة للمحكمة الادارية العليا في حكمها الصادر في ١٤ يونيه سنة١٩٦٩ (٣) للتعرض لأحكام نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، ولكنها لم تقر تطبيقها لتخلف شروطها . (٤)

أما على صعيد الرأي ، فلقد عرضت الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعـــــة بالتفصيل ، وذلك في فتواها رقم ٩٥ بتاريخ ٤ فبراير سنة ١٩٦٤ (٥) حيث

---

(١) يراجع في هذا الصدد :
الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي ، العقود ، المرجع السابق ص ٦٦٤ .

(٢) القضية رقم ٧٨٩٢ لسنة ٨ ق ، مجموعة أحكام المحكمة ، السنـــــة الحادية عشر ص ١٥٢ . وسوف نلقي مزيدا من الضوء على هذا الحكـــم عند الحديث عن كيفية تحديد التعويض ومداه في المبحث الأخير مـــن هذا البحث .

(٣) مجموعة المبادىء القانونية التي قررتها المحكمة الادارية العليا في خمسة عشر عاما (١٩٦٥ ــ ١٩٨٠) الجزء الثاني، ص ١٨٨٠ ـومنشور أيضا في مجموعة أحكام المحكمة ،السنة ١٤ ، ص ٧٧٨ .

(٤) ولقد تعرض هذا الحكم للعديد من انتقادات الفقه من عدة وجـــوه، سوف نعرض لها في المبحث الأخير من هذا البحث .

(٥) مجموعة المبادىء القانونية التي قررتها المحكمة الادارية العليـــــا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الادارية فـــي خمسة عشر عاما (من أول أكتوبر سنة ١٩٥٥ الى آخر سبتمبـــــر سنة ١٩٧٠) ، صفحتي ١٩١ و ١٩٢ .

تصدت الفتوى لتعريف النظرية وأجملت شروط تطبيقها وأساس حق التعويض الكامل ، وسايرت الفتوى ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي من أن الطابع الجزافي للعقد لا يحول دون تطبيق النظرية ، شريطة أن يكون من شأن الصعوبات التي صادفها المتعاقد " أن تخل باقتصاديات العقد ، تبعا لانهيار الأسس التي قام عليها تقدير الثمن المتفق عليه فيه " .

(٢) نشأة وتطور نظرية الظروف الطارئة :

ترتبط النشأة القضائية لتلك النظرية والتي ولدت مع الحكم الشهير لمجلس الدولة الفرنسي في قضية " غاز بوردو "(١) ، ارتباطا وثيقا بتغير المفاهيم الاقتصادية والسياسية والاجتماعية السائدة عقب نشوب الحرب العالمية الأولى ، والتي كانت المناسبة التي جعلت مجلس الدولة الفرنسي يخرج على القواعد القانونية التقليدية ، محاولا التوفيق بين تلك القواعد والمصلحة العامة وبالقدر الذي تقتضيه هذه المصلحة . ولقد ساعده على ذلك أنه ليس مقيدا بنصوص تشريعية تحد من انطلاقه في ابتداع وابتكار الحلول والنظريات التي تتمشى مع طبيعة القضايا التي تعرض عليه وهي تتصل اتصالا وثيقا بالصالح العام ، ودونما تضحية بالمصالح الفردية (٢) .

وتخلص وقائع قضية " غاز بوردو " التي تعتبر أولى تطبيقات نظرية الظروف الطارئة ، في أن شركة الاضاءة لمدينة " بوردو " كانت ملزمة بتوريد الغاز والكهرباء للمدينة بسعر محدد في عقد الالتزام . وعقب نشوب الحرب العالمية الأولى ارتفعت أسعار الفحم ارتفاعا فاحشا ، وارتفعت تكلفة

---

(١) - C.E. 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, Rec. p. 125, Concl. Chardenet; D. 1916, 3, 25, Chardenet; R.D.P., 1916, 206, Concl. Chardenet, 388, note Jèze; G.A.J.A., 129.

(٢) يراجع في هذا الصدد :
- A. Hachich, "La théorie de l'imprévision dans les contrats administratifs - Étude comparée du droit Français et du droit de la R.A.U.", Thèse, Caen, 1962, p. 42 et s.

الأيدي العاملة . ونتيجة لهذا الاضطراب الاقتصادي ، اختلت اقتصاديات العقد اختلالا جسيما ، ووجدت الشركة الملتزمة أن الأسعار التي تتقاضاها من المنتفعين والتي حددت كراسة الشروط حدها الأقصى وفقا لحجم الاستهلاك، أبعد من أن تغطي النفقات الادارية وحدها . ولقد رفضت السلطة مانحة الالتزام الطلبات التي تقدمت بها الشركة لرفع الأسعار، متمسكة في ذلك بأن العقد شريعة المتعاقدين ، وأن هذه الاضطرابات الاقتصادية لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلا ، وأن المتعاقد لا يتحرر من التزامه بالتنفيذ الا في حالة القوة القاهرة ، وهي ذات الاسانيد التي استندت اليها مجالس المحافظات "Les conseils de préfecture" في ذلك الوقت لرفض الطلبات التي قدمتها شركات الالتزام في الحالات المماثلة حيث التزمت بالتطبيق الصارم للقواعد المدنية التقليدية . (١)

وعند عرض النزاع على مجلس الدولة الفرنسي ، أقر مبدأ جديدا مقتضاه أنه اذا طرأت ظروف جديدة لم يكن في الامكان توقعها ، وكان من شأنها أن تؤدي الى اختلال اقتصاديات العقد اختلالا جسيما ، فان هناك مايبرر أن تساهم جهة الادارة ولو مؤقتا في تحمل جزء من الخسارة التي تلحق بالمتعاقد من جراء هذه الظروف . (٢)

---

(١) يراجع في هذا الصدد :

- **St.- Marc.Pierre,** "L'imprévision dans les contrats administratifs", Thèse, Paris, 1918, p. 77 et s.

(٢) وقد جاء بحكم " غاز بوردو ":

" .... il convient de décider, d'une part, que la Compagnie est tenue d'assurer le service concédé et, d'autre part, qu'elle doit supporter seulement, au cours de cette période transitoire, la part des conséquences onéreuses de la situation de force majeure ci-dessus rappelée que l'interprétation raisonnable du contrat permet de laisser à sa charge ..... "

واذا كان مجلس الدولة الفرنسي قد استخدم فكرة الظرف غير المتوقع كأساس لحق التعويض للمتعاقد مع الادارة ، وذلك قبل حكمه الصادر عام ١٩١٦ في قضية " غاز بوردو " ، الا أن المجلس كان يعني بذلك نظريات أخرى مختلفة تماما عن نظرية الظروف الطارئة ، بحيث يمكن القول بأن أول تطبيق حقيقي لتلك النظرية كان في حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية " غاز بوردو "[١] . هذا الحكم الذى تضمن شروط تطبيق النظرية ونتائجها القانونية ، والذى يعتبره الفقه دستور النظرية والذى شمل معظم الأحكام الرئيسية والتفصيلية لتلك النظرية .[٢]

واذا كان البعض[٣] قد ذهب الى وجود بعض التطبيقات القضائية لنظرية الظروف الطارئة قبل حكم مجلس الدولة الفرنسي عام ١٩١٦ ، وستندا في ذلك الى بعض الأحكام الصادرة عن المجلس على زعم أنها تطبيق لنظرية الظروف الطارئة ، الا أنه باستعراض هذه الأحكام نجد أن بعضها يتعلق بنظرية عمل الأمير والبعض الآخر يعد تطبيقا لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة .[٤]

---

(١) يراجع في هذا الصدد :

- A. De laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 565 et s.;
- A.M. Hachich, Thèse précitée, p. 26 et s.

(٢) يراجع في هذا الشأن :

الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى ، العقود ، المرجع السابق ص ٦٠٢ .

(٣) من هذا الاتجاه :

- Desjonquières, "L'évolution de la jurisprudence du Conseil d'Etat au sujet de la théorie de l'imprévision dans les marchés de fournitures"., Thèse, Paris, 1926, p. 34 et s.;
- St.-Marc, Thèse précitée, p. 20 et s.

(٤) يراجع في هذا المعنى :

- A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 565.
- A. Hachich, Thèse précitée, p. 37 et s.

فمن جهة أولى ، يشير هذا الجانب من الفقه الى حكمين لمجلس الدولة الفرنسي ـ تأييداً لوجهة نظرهم ـ الأول صادر في ٢٠ ابريل سنة ١٨٧٧ في قضية "Wittersheim" (١) والثاني صادر في ١٤ نوفمبر سنة ١٩٠٢ في قضية "Olmer et Hesbert" (٢) وفي هذين الحكمين فان المجلس قد استخدم مصطلحات "Prevision" ، "Imprévision" الا أن ذلك لا يعني أن المجلس كان يقصد الاشارة الى نظرية الظروف الطارئة ، وانما فقط الاشارة الى شرط عدم التوقع أو عدم امكان التوقع للفعل المسبب للضرر • وهذا الفعل في الحكمين من عمل السلطة العامة ولم يكن المجلس في ذلك الوقت بطبيعة الحال قد وسع من نطاق الظروف الطارئة ، بحيث تشمل الأفعال الصادرة من السلطات الادارية، هذا التوسع الذي أدخله مجلس الدولة الفرنسي على نظرية الظروف الطارئة فيما بعد وكما سنرى بعد قليل • (٣)

---

(١) منشور في مجموعة دالوز سنة ١٨٧٧ ، الجزء الثالث، ص ٧٣ : ويتعلق موضوع النزاع بعقد التزام طبع الجريدة الرسمية (L'impression du Journal officiel) . على أساس سعر محدد روعي في تحديده قلة عدد النصوص التشريعية التي كانت تصدر في ذلك الوقت • الا أنه نتيجة للزيادة المطردة في عدد الوثائق التشريعية التي طلبت الحكومة من الملتزم طبعها فانه قد طالب بزيادة السعر لمواجهة الزيادة غير المتوقعة في عدد وحجم الأعداد التي يتم طبعها •

(٢) المجموعة ص ٦٦٥ : ويتعلق موضوع النزاع بعقد توريد ، طلبت الادارة زيادة حجم التوريد الى أكثر من ثلاثة أضعاف الكمية المحددة في العقد ، مما ترتب عليه نتائج ضارة غير متوقعة ومن شأنها أن تتيح للمتعاقد أن يحصل على تعويض لمواجهة هذه النتائج •

(٣) ويشير الأستاذ "Desjoncquères" الى حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٢٠ مايو سنة ١٩٠٤ في قضية "Compagnie de navigation" (المنشور في مجموعة سيري سنة ١٩٠٦ ، الجزء الثالث ص ١٠٩) وأيضا حكم •

ومن جهة أخرى ، فانه على الرغم من وجود علاقة تسلسل بين نظريـة الصعوبات المـادية غير المتوقعة ونظرية الظروف الطارئة ، عندما تم اقرار هذه النظرية الأخيرة بواسطة مجلس الدولة الفرنسي ، حيث تذرع مفوضـو الحكومة في تقاريرهم المقدمة أمام المجلس بنظرية الصعوبات المادية غيـر المتوقعة كحجة لاقرار نظرية الظروف الطارئة (١) ، الا أنه على الرغم من ذلك فان نظرية الظروف الطارئة وفقا للمبادىء التى تضمنها حكم " غاز بـوردو" تختلف اختلافا جذريا عن المبادىء التي تضمنتها الأحكام السابقة على هـذا الحكم الذى تؤرخ به النظرية . ولذلك فان الأحكام التى استند اليها جانـب

= مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٠٥ فى قضية "Bardy" (المجموعة ص ١٠١٥) ، على أنهما من التطبيقات القضائية لنظرية الظروف الطارئة. الا أن هذين الحكمين أيضـا ليسا الا تطبيقا لنظرية عمل الأمير ، على الرغم من أن الاجـراء الذى سبب الضرر قد صدر من غير جهة الادارة المتعاقدة ، فهـذا القيد لم يكن قد فرض بعد كشرط لتطبيق نظرية عمل الأميـر.
يراجع فى التفاصيل :
رسالة الأستاذ الدكتور عبدالحميد حشيش ، المرجع السابـق ص ٢٩ ومابعدها .

(١) يراجع على سبيل المثال :

- Concl. Chardenet, sous C.E. 30 mars 1916 Gaz de Bordeaux, précité; Concl. Corneille, sous C.E. 8 fevrier 1918, Gaz de Poissy, R.D.P. 1918, p. 242: "Par votre arrêt de 1916 vous vous êtes inspirés d'une théorie précisément admise en matière de marchés: la théorie d l'imprévision de votre arrêt est tirée de la théorie de difficultés exceptionnells rencontrées en matière de travaux publics".

من الفقه[١] ، والتى صدرت عن مجلس الدولة الفرنسى فى قضية **"Veyret"**[٢] وقضية **"Rosazza"**[٣] ، وأيضا قضية **"Ville de Paris"**[٤] ليست تطبيقات لنظرية الظروف الطارئة وانما تتعلق بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة .

وبصرف النظر عن هذا الجدل الفقهي حول نشأة نظرية الظروف الطارئة ، فانه اذا كانت الأفكار الرئيسية لتلك النظرية قد تضمنها حكم " غاز بوردو " ، الا أن اسهام مجلس الدولة الفرنسى فى خلق هذه النظرية لم يقف عند هذا الحد . ففي غضون السنوات التالية لحكم عام ١٩١٦ ، صدرت عن مجلس الدولة الفرنسى بعض الأحكام الكبرى التي عنيت بتحديد نطاق تطبيق النظرية في مجال العقود الادارية الأخرى غير عقد التزام المرفق العام الذى كان محلا لحكم " غاز بوردو " .[٥]

واذا كانت النشأة القضائية لنظرية الظروف الطارئة والتى تؤرخ بحكم غاز بوردو الصادر عام ١٩١٦ ، قد ارتبطت بالأحداث الكبرى التى سببتها

---

(١) - M. Waline, Article précité, R.D.P., 1951, p. 27.

(٢) - C.E. 18 mars 1869, Veyret, précité.

(٣) - C.E. 28 mars 1890, Rosazza, précité.

(٤) - C.E. 3 février 1905, Ville de Paris, Rec. p. 103.

(٥) براجع على سبيل المثال :

- C.E. 8 février 1918, Sté d'éclairage de Poissy, précité; 27 juin 1919, gaz de Nice, S. 1920, 3, 25, note Hauriou; 3 décembre 1920, Fromassol, R.D.P. 1921, p. 80, Concl. Corneille; 25 novembre 1921, Cie générale des automobiles postales, S. 1923, 3, 33, note Hauriou; R.D.P. 1921, p. 504, Concl. Corneille.

الحرب العالمية الأولى وما ترتب عليها من تقلبات اقتصادية وسياسية واجتماعية. فان التغيرات التى أحدثتها هذه الحرب فى الحياة الاقتصادية الفرنسية والتى لم يكن أحد عام ١٩١٦ يتوقع حدوثها أو على الأقل يتوقع النتائج المترتبة عليها فى المناخ الاقتصادى السائد، كان لها أثرها الواضح على تطور قضاء مجلس الدولة الفرنسى فيما يتعلق بنظرية الظروف الطارئة .

فمن جهة أولى، فلقد استبان فى السنوات التالية للحرب العالمية الأولى، أن التقلبات الاقتصادية وما صاحبها من انخفاض قيمة العملة وارتفاع الأسعار، أضفت على المناخ الاقتصادى السائد تحولا ينبئ منه أنه لا أمل فى أن تعود المراكز التعاقدية الأصلية لحالتها الأولى . هذا التحول قاد مجلس الدولة الفرنسى الى تبنى حلولا جديدة تكملة لنظرية الظروف الطارئة وبصفة خاصة فيما يتعلق بنهاية الظروف الطارئة ، وكان ذلك فى قضية شركة ترام شربورج عام ١٩٣٢ والتى سنعرض لها فيما بعد (١) .

ومن جهة ثانية، فانه ماكادت المبادىء التى أرسى قواعدها مجلس الدولة الفرنسى فيما يتعلق بنظرية الظروف الطارئة تستقر فى وجدان الفقه والقضاء، حتى اندلعت الحرب العالمية الثانية بنتائجها ومتغيراتها على الحياة الاقتصادية الشديدة التأثر بالمناخ السياسى والاجتماعى السائد . فعلى أثر سياسة الاقتصاد الموجه التى انتهجتها العديد من الدول فى تلك الحقبة، أصبحت الدولة مسئولة عن العديد من الظواهر الاقتصادية وذلك من خلال الاجراءات الاقتصادية التى تصدرها الدولة لخدمة سياستها الاقتصادية الموجهة. وأصبح ذلك جزءاً من مشكلة نظرية الظروف الطارئة التى اتسع نطاقها وأصبح يشمل أيضا الأعمال التى تصدر من السلطات الادارية ، بعد أن كان محصورا فى الظواهر الأجنبية تماما عن الدولة . وخلق ذلك مشكلة جديدة تتعلق بمعيار التفرقة بين عمل الأمير والظرف الطارى.

---

(١) سوف نعرض لهذا التطور فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى عند دراسة فكرة القوة القاهرة الادارية فى القسم الثانى من هذا البحث (المبحث الثانى من الفصل الأول) .

نظرا لوجود مجال مشترك لمصدر الفعل الذى مرجعه عمل الجهة الاداريـــة . .
وفى هذا الاطار سنرى أن حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر فى ١٥ يوليـو سنة ١٩٤٩ فى قضية "Ville d'Elbeuf" مرحلة جديدة فى تطور قضـاء مجلس الدولة الفرنسي المتعلق بنظرية الظروف الطارئة .(١)

ومن جهة ثالثة ، فانه اذا كان مجلس الدولة الفرنسي قد أكد فى حكم المبـدأ فى قضية " غاز بوردو "، حق المتعاقد فى أن يطلب من جهـة الادارة ـ ولو مؤقتا ـ المساهمة الى حد ما فى تحمل جزء من الخسائر التي تكبدهـــا ، واذا كان هذا المبدأ مستمدا من قاعدة دوام سير المرافق العامة(٢) ، الا أن مجلس الدولة الفرنسي فى سياق التعديلات التى أدخلها على نظرية الظـروف الطارئة ، قد أعلن مبدأ جديدا فى ١٢ مارس سنة ١٩٧٦ . ففى ذلـــك التاريخ صدر حكم المجلس فى قضية "Département des Hautes-Pyrénées c/Société Sofilia"(٣) ، والذى سمح فيـــه

---

(١) سنعالج هذه الجزئية عند التعرض لموقف الفقه والقضاء فى الوقـــت الحاضر ، من التمييز بين المخاطر الاقتصادية والادارية وفقـــا للمفهوم الكلاسيكي ، وذلك فىالمبحث الأول من الفصل الثانى فى القســـم الأول من هذا البحث .

(٢) ولذلك فان مجلس الدولة الفرنسي فى حكمه الصادر فى ٢٨ نوفمبـــر سنة ١٩٥٢ فى قضية "Sté coopérative des ouvriers et techniciens du batiment " (المجموعـة ص ٥٤٢) قد قضى بأن "الغرض من نظرية الظروف الطارئة هو فقط ضمـــان استدامة سير المرفق العام ، ولهذا فان النظرية غير قابلة للتطبيق على عقد تم فسخه " .

(٣) - A.J.D.A. 1976, 552, Concl. Labetoulle; C.J.E.G., fév. 1977, p. 13; Rec. p. 153.
وسوف نعود لتحليل هذا الحكم الهام تفصيلا ، عند بحث أساس حق التعويض عن الظروف الطارئة ، (المبحث الأول من الفصل الثانى فى القسم الثانى من هذا البحث) .

المجلس – متمشيا في ذلك مع تقرير مفوض الحكومة والمحكمة الادارية لمدينة "Pau" – بامكانية منح التعويض عن الظروف الطارئة على الرغم من انقضاء العقد ، وسواء أكان ذلك بسبب الفسخ ، أو وصول العقد لنهايته الطبيعية (١) . وأكثر تحديدا فلقد سمح للمتعاقد بأن يقدم طلبا للتعويض في الفترة اللاحقة لانقضاء عقد الالتزام ، وهو ما يبرز أن نظرية الظروف الطارئة ليست مقصورة على تبرير استمرارية المرفق العام ، وانما هنالك اعتبارات أخرى لتبرير التعويض في هذه الحالة (٢) . مما يمكن معه اعتبار حكم مجلس الدولة الفرنسي في هذه القضية مرحلة جديدة أيضا في تطور قضاء المجلس بالنسبة لنظرية الظروف الطارئة .

وبالاضافة الى هذه التطورات القضائية التي أكمل بها مجلس الدولة الفرنسي أحكام النظرية ، فانه يجب عدم اغفال رد فعل الادارة وتدخلات المشرع ، بما لها من تأثيرات مختلفة على الأحكام المتعلقة بنظرية الظروف الطارئة .

فمن جهة أولى فان الادارة التي وجدت نفسها ملتزمة بتحمل النصيب الأكبر من الخسائر التي تترتب على الظرف الطارىء ، دون أن تكون مسئولة عن إحداث هذا الظرف في العديد من الحالات ، سعت من ناحيتها الى تضمين عقودها مع الأفراد بعض الشروط الخاصة بتغيير ومراجعة الاسعار والرسوم (٣) .

---

(١) - Chr. Bettinger, "La concession de service public et de travaux publics", Berger-Levrault, 1978, p. 136.

(٢) - J. Georgel, J.C.A., Fasc. 512, Op. Cit., n^{o}. 80.

(٣) لمزيد من التفاصيل عن موضوع رد فعل الادارة ضد نظرية الظروف الطارئة منذ نشأتها وخلال مراحل تطورها، يراجع

- Chr. Bettinger, Op. Cit., p. 136 et s.

وهذا الاجراء من جانب الادارة أفقد الطريق القضائي للتعويض عن الظروف الطارئة جزءا من نطاق التطبيق . ومع ذلك فسوف نرى أن أحكام مجلس الدولة الفرنسي المتعلقة بنظرية الظروف الطارئة ظلت متواترة ولم تفقد أهميتها من ناحية التطبيق العملي (١) . ولذلك فان رد فعل الادارة لا يجب أن ينظر اليه على أنه تقييد للنظرية ، وانما يمكن تصور أن الادارة سعت فقط الى أن تتحصن ضد الافراط في تطبيق تلك النظرية دون أن تتجاوز هذا الغرض . (٢)

ومن جهة ثانية ، فانه على الرغم من أن المشرع الفرنسي قد تدخل في بعض المناسبات لكي يقنن بعض القواعد القضائية المتعلقة بنظرية الظروف الطارئة (٣) الا أن هذه التدخلات مازالت نادرة ، وبحيث يمكن القول بأن تلك النظرية نشأت وظلت حتى الآن في فرنسا نظرية قضائية . (٤)

---

(١) سوف نلقي مزيدا من الضوء على هذه الجزئية في المبحث الأخير من هذا البحث .

(٢) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 567, note 10.

(٣) ويلاحظ أن تدخل المشرع قد يكون لتقنين بعض المبادئ، والحلول التي توصل اليها القضاء في خصوص نظرية الظروف الطارئة وقد يكون على العكس من ذلك لتدارك النتائج التي أدت اليها تطبيق بعض هذه الحلول . وسوف نعود لالقاء الضوء على هذه الجزئية عند الحديث عن المراسيم بقوانين الصادرة في فرنسا والتي أقرت وطورت المبادئ، التي جاءت في حكم " ترام شربورج " يراجع المبحث الثاني من الفصل الأول من القسم الثاني من هذا البحث .

(٤) وتأكيدا للطبيعة القضائية لنظرية الظروف الطارئة : يراجع حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٨ يناير سنة ١٩٨٢ في قضية "Sté Ent. Quillery Saint-Maur" المنشور في مجلة القانون العام سنة ١٩٨٣ ص ٢٣٧ . وقد جاء به :

"Considérant que les circulaires du 7 novembre 1973 et du 20 novembre 1974 ... n'ont pas de caractère réglementaire et ont pour seul objet de fournir des références aux maîtres d'ouvrage...".

واذا كانت نظرية الظروف الطارئة مازالت نظرية قضائية في فرنسا ، فانها نظرية خاصة بالقانون العام، بمعنى ان مجال تطبيقها في فرنسا مايزال محصورا في نطاق العقود الادارية بالمعنى الفنى . أما القانون المدني الفرنسي فلم يقر تلك النظرية نزولا على اعتبارات القوة الملزمة للعقد التي تفرض على المتعاقدين التنفيذ الصارم لالتزاماتهم العقدية طبقا للمادتين ١١٣٤و١٧٩٢ من القانون المدني الفرنسي (١) . ومن ناحية الفقه المدنى الفرنسي ، فلقد انبرى لتأييد نظرية الظروف الطارئة بعض الفقهاء ، من خلال بعض المحاولات الفقهية التي حاولت أن تجد لها سندا في المبادىء العامة للقانون المدني (٢) . ومنذ منتصف القرن التاسع عشر أحبطت محكمة النقض الفرنسية جميع المحاولات التي أقدمت عليها المحاكم القضائية لتطبيق تلك النظرية على العلاقات التعاقدية بين الأفراد في مجال القانون الخاص (٣) الا أن ذلك لا يرجع الى أسباب تتعلق

---

(١) - A. Weill, F. Terré, "Droit civil, les obligations"., Dalloz, 4e éd., 1986, p. 379.

ويراجع أيضا :

- S. Pautot, "La théorie de l'imprévision dans les marchés de bâtiment et de travaux publics", Mon. T.P. 25 Sept., 1978, p. 13 et s.
- J. Hadjidinas, "La force obligatoire du contrat dans les contrats administratifs", Thèse, Paris, 1966, p. 758.

(٢) الأستاذ الدكتورعبدالرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مصادر الالتزام ، طبعة سنة ١٩٥٢ ، ص ٦٣٤ ومابعدها . وسوف نعود لبحث المبررات الحقيقية لرفض القضاء المدني الفرنسي للأخذ بنظرية الظروف الطارئة في نطاق عقود القانون الخاص عند دراسة مجال التطبيق الموضوعي لتلك النظرية في المبحث الثاني من الفصل الاول من القسم الأول من هذا البحث .

(٣) يشير الفقه الى حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ٦ مارس سنة ١٨٧٦ (سيريه ١٨٧٦ -١ - ١٦١) والذي رفضت فيه محكمة النقض أن تعدل عقدا أبرم عام ١٥٦٠ ، حيث كان متفقا أن تسروى ترعة الاراضي المجاورة بمقابل أصبح غير ذي قيمة بعد أن تغيرت ،

بنظرية الظروف الطارية ذاتها ، ولهذا يشير البعض الى أنه من غير المستبعد أن ينتهى الوضع بمحكمة النقض الفرنسية الى اقرار النظرية • ولو فرض وسلم بهـا القضاء المدنى الفرنسي ، فانها لن تكون ذات النظرية التى أبرز خصائصها مجلس الدولة الفرنسي فى القانون الادارى ، والتى تشغل فيه فكرة استمرار سير المرفق العام مكانا هاما ، وهو أمر غير متصور فى العقود المدنية • (١)

أما فى مصر ، فان نشأة نظرية الظروف الطارئة قد مرت بمراحل متعددة ، حتى تم اقرارها بنص تشريعى •

فعلى صعيد الفقه ، وفى ظل القانون المدنى القديم الذى لم يكن بين أحكامه ما يسوغ للقاضى نقض الالتزامات التى يرتبها العقد ، ووفقا للأصل العام الذى يقضى بأن العقد شريعة المتعاقدين ، فان جانبا من فقهاء القانون الخاص لم يفضلوا تدخل المشرع لاقرار تطبيق نظرية الظروف الطارئة بنص عام ، مفضلين قاعدة استقرار العقود • وان كان هذا الاتجاه الفقهى لم يرفض تدخل المشرع بصفة استثنائية وقت الحاجة وبالقدر المناسب لمواجهة الحالات الاستثنائية الطارئة والمؤقتة ، بحيث يستبقى الشارع بيده زمام تطبيق تلك النظرية ، الا أن جانبا آخر من الفقهاء قد ذهب الى وجوب تدخل المشرع لاقرار تلك النظرية بنص عام • (٢)

= الظروف الاقتصادية. وأيضا حكمها الصادر فى ٩ يناير سنة ١٨٥٦ (سيريه ١٨٥٦ ـ ١ ـ ١٢٩) والذى رفضت فيه تعديل عقود التأمين من خطر التجنيد على الرغم من زيادة المخاطر التى تعرضت لها شركة التأمين زيادة جسيمة بسبب زيادة عدد قوات الجيش الى النصف تقريبا وقت ان كان التجنيد بالاقتراع مما جعله اكثر احتمالا •

(١) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 564.

(٢) يراجع فى عرض هذه الاتجاهات الفقهية المتقابلة :
الأستاذ الدكتور عبدالرزاق السنهورى ، الوسيط ، المرجع السابق ، ص ٦٣٥ • والمراجع العديدة التى أشار اليها فى هامش ـ ٢ ـ من ذات الصحيفة •

أما فقهاء القانون العام فقد كانوا الى جانب الأخذ بنظرية الظروف الطارئة[١] . الا أن القضاء المصرى ، المختلط والوطنى على السواء فقد رفض الاخذ بنظرية الظروف الطارئة في ظل عدم وجود نص تشريعي،وعلى الرغم من ذلك فلقد حاولت محكمة استئناف مصر الوطنيـة الأخذ بنظرية الظروف الطارئة وطبقتها بالفعل فى حكمها الصادر فى ٩ ابريل سنة ١٩٣١[٢] حيث قضت بأنه " وان كان من المقرر احترام العقود باعتبارها قانون المتعاقدين مادام لم يصبح تنفيذها مستحيلا استحالة مطلقة لحادث قهرى ، الا أنه يجب أن يكون ذلك مقيدا بمقتضيات العدالة وروح الانصاف . فاذا طرأت عند التنفيذ ظروف لم تكن في حسبان المتعاقدين وقت التعاقد ، وكان من شأنها أن تؤثر على حقوق الطرفين وواجباتها بحيث تخل بتوازنها فى العقد اخلالا خطيرا

---

(١) الأستاذ الدكتور عبدالحميد حشيش، رسالته السابق الاشارة اليها ، ص ٥٠ ومابعدها . والمراجع التى أشار اليها ص ٥١ هامش ٣ .

(٢) مجلة المحاماة ، السنة الثانية عشر — رقم ٤١ ص ٦٣ — ويراجع تعليق الدكتور حامد زكى على هذا الحكم بمجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية ص ٩٥ .
وتتلخص وقائع هذه القضية التى تتعلق بعقد توريد أبرم بين مصلحة الحدود وأحد الافراد ، فى أن المتعاقد عقب قيامه بتوريد جزء من كمية " الشعير " المتفق عليها فى العقد على أساس التسعير الجبرى ، امتنع عن توريد الجزء المتبقى من الكمية اثر الغاء التسعيرة الجبرية ورفع السعر الى حوالى الضعف . وعند رفع النزاع للقضاء قضت محكمة الدرجة الاولى بأن ارتفاع الأسعار والخسائر التى منى بها المتعاقد،لا ترقى الى مستوى الحادث الجبرى الذى يعتبر من قبيل القوة القاهرة،وبالتالى لا يحرر المتعاقد من التزامه بالتنفيذ ولا يعفيه من المسئولية.وانتهى المطاف بالطرفين المتنازعين الى محكمة استئناف مصر الوطنية التى اصدرت حكمها المتقدم استنادا الى قواعد العدالة، وقرنتها بنظريتى الاثراء بلا سبب والتعسف فى استعمال الحق، واحتجت فى ذلك بأن هذه الأفكار الثلاثة لم ترد فيها نصوص فى القانون المدنى القديم ومع ذلك أخذ بها القضاء .

وتجعل التنفيذ مرهقا لدرجة لم يكن يتوقعها بحال من الاحوال ، فانه يكون من الظلم احترام العقد في مثل هذه الظروف ، ويجب عدلا العمل على مساعدة المدين وانقاذه من الخراب ". الا أن محكمة النقض المصرية مالبثت أن نقضت هذا الحكم وذلك بحكمها الصادر في ١٤ يناير سنة ١٩٣٢ [١]، حيث أكدت على أنه " وان كانت هذه النظرية تقوم على أساس من العدل والعفو والاحسان ، الا أنه لا يصح لهذه المحكمة ان تستبق الشارع الى ابتداعها " . وعلى أساس هذا الحكم عدلت محكمة الاستئناف عن مسلكها [٢] .

واذا كانت المحاكم القضائية في مصر كانت تطبق على عقود الادارة بصفة عامة ، القواعد الواردة في القانون المدني ، اذا لم يكن ثمة تشريعات خاصة تنظم الأحكام المتعلقة بكل عقد منها [٣] ، فان ذلك كان مرجعه الى أن القواعد الخاصة المطبقة على العقود الادارية في فرنسا لم تكن معروفة للقضاء المدني في مصر . ولذلك فلم يكن مستغربا أن تسود قاعدة القوة الملزمة للعقد وأن تطبق بصرامة على جميع عقود الادارة [٤] . وترتب

---

(١) مجموعة المبادىء القانونية لمحكمة النقض جـ ١ ص ٥٢ .

(٢) يراجع على سبيل المثال حكمها الصادر في ٧ يونيو سنة ١٩٣٤ ، المحاماه ، السنة الخامسة عشر رقم ٢٦٦ ص ٥٦١ ـ أيضا حكم محكمة استئناف أسيوط الصادر في ١٥ يناير سنة ١٩٤٢ ، المحاماه ، السنة الثانية والعشرون رقم ٢٢٨ ص ٦٨٣ .

(٣) الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي ، العقود ، المرجع السابق ، ص ٣٥ .

(٤) - S. Badaoui, Thèse précitée, p. 20.

على ذلك رفض القضاء الوطني والمختلط الأخذ بالنظريات التي شادها مجلس الدولة الفرنسي ، والتي تؤثر بشكل أو بآخر على القوة الملزمة للعقد، حتى ولو أملتها قواعد العدالة طالما لا يوجد النص التشريعي ، على أساس أن مهمة القضاء تطبيق القانون لا خلق القانون ، ومن بين هذه النظريات بالطبع نظرية الظروف الطارئة (١) .

وظل الحال على ذلك حتى تدخل المشرع المصرى وأقر تطبيق نظرية الظروف الطارئة بالنسبة الى عقد الالتزام ، وذلك بصدور القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ (٢) ، الذى نص فى مادته السادسة على أنه " اذا طرأت ظروف لم يكن من المستطاع توقعها ولا يد لمانح الالتزام او الملتزم فيها ، وأفضت الى الاخلال بالتوازن المالى للالتزام او الى تعديل كيانه الاقتصادى كما كان مقدرا وقت منح الالتزام ، جاز لمانح الالتزام أن يعدل قوائم الاسعار واذا اقتضى الحال أن يعدل أركان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله، وذلك لتمكين الملتزم من أن يستمر فى استغلاله أو لخفض الأرباح الباهظة الى القدر المقبول ." الا أن تدخل المشرع المصرى بلغ مداه لاقرار تطبيق نظرية الظروف الطارئة فى عام ١٩٤٩ ، حيث صدر القانون المدنى الجديد (٣) ، والذى اشتمل على النص الذى كان يلتمسه القضاء للأخذ بتلك

---

(١) - A. Hachich, Thèse précitée, p. 58 et s.

(٢) ولقد نشأت فكرة اعداد قانون يتعلق بالتزام المرافق العامة فى عام ١٩٣٩ ، الا أنه لاسباب سياسية تأخر اصداره الى عام ١٩٤٧ . يراجع فى هذا الشأن :

- T. Chehata, "La concession de service public"., Thèse, Le Caire, 1941, p. 155.

(٣) القانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ والذى عمل به ابتداء من ١٥ اكتوبر سنة ١٩٤٩ ، والذى ألغى القانون المدنى المعمول به أمام المحاكم الوطنية والصادر فى ٢٨ اكتوبر سنة ١٨٨٣ والقانون المدنى المعمول به أمام المحاكم المختلطة والصادر فى ٢٨ يونيو سنة ١٨٧٥ .

النظرية فلقد نصت الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من ذلك القانون على أنـــه " ... اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها ، وترتب علـى حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي ، وان لـم يصبح مستحيلا ، صار مرهقـا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي ، تبعا للظروف، وبعـد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقـول . ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك " .

وفي عام ١٩٤٩ صدر القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ باعادة تنظيم مجلـس الدولة المصري ، والذي وسع اختصاص محكمة القضاء الاداري ، ومد اختصاصهـا الى المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والاشغال العامة والتوريد الادارية التـي تنشأ بين الحكومة والطرف الاخر في العقد (١) . ويشير الفقه الى أن مجلـس الدولة المصري قد سلم بنظرية الظروف الطارئة منذ أن اختص بالنظر فـي العقود الادارية ، على اعتبار أنها نظرية عامة تطبق على جميع العقود الاداريـة دون حاجة لنص تشريعي (٢) . وسوف نري من خلال هذا البحـث أن نظرية الظروف الطارئة قد طبقت بكثرة على صعيد القضاء والرأي، وهكـذا أصبحت نظرية الظروف الطارئـة من النظريـات التـي يمكن للمتعاقـد

---

(١) يراجع نص المادة الخامسة من ذلك القانون .
ويلاحظ أنه في ظل القانون الأول للمجلس رقم ١١٢ لسنـة ١٩٤٦ لم يكن لمحكمة القضاء الاداري اختصاص بنظر المنازعات المتعلقـة بالعقـود الاداريـة . ولهذا فان جميع عقود الادارة في ظـل هذا القانون بقيت خاضعة لقاضي القانون العام ، أي لاختصـاص المحاكم المدنية كما كان الحال قبل انشاء مجلس الدولة المصري ، وهو ما انعكس على نظرية الظروف الطارئة التي لم تطبق مطلقا قبل عـام ١٩٤٩ .

(٢) يراجع في هذا الصدد :
الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي ، العقود ، المرجع السابق ص ٦٠٥ .
الأستاذ الدكتور عبدالحميد حشيش ، رسالته السابق ذكرها ، ص ٧٠ ومابعدها .

في مصر [١] الاستناد اليها اذا توافرت شروط تطبيقها ، أيا كانت طبيعة العقد وسواء أكان اداريا أو مدنيا. الا أنه ــ وكما يلاحظ وبحق أستاذنا العميد الطماوى نظرا لأن الأساس الذي شيدت عليه تلك النظرية في العقود الادارية ــ وكما سنرى فيما بعد [٢] ــ غير متصور في العقود المدنية، فان ذلك ينعكس بلا شك على أحكام النظرية في كل من هذين المجالين [٣] ٠

= ويراجع حكم محكمة القضاء الادارى المصرية الصادر فى ٢٧ يناير سنة ١٩٥٧ فى القضية رقم ٤٨٥ لسنة ٧ ق ، مجموعة أحكام المحكمة ــ السنة ١١ ــ ص ١٦٠ ومابعدها ٠ حيث اعتبرت أن القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ مجرد تقنين لأحكام العقود الادارية فى خصوص عقد الامتياز ٠

(١) ومن الدول التى تم اقرار هذه النظرية فيها تشريعيا : اليونان وأثيوبيا وتشيكوسلوفاكيا والمجر وبولندا وايطاليا ٠ وتطبق هذه النظرية دون نص تشريعى وباقرار القضاء فى عدد من الدول منها : سويسرا وألمانيا الغربية والمملكة المتحدة وأسبانيا ومجموعة الدول الاسكندنافية السويد والدنمارك والنرويج ٠ يراجع لمزيد من التفاصيل عن وضع نظرية الظروف الطارئة فى القانون المقارن :

- **S. Pautot,** Article précité in le moniteur de T.P. 25 septembre 1978, p. 15.

(٢) سوف نعالج أساس حق التعويض فى المبحث الأول من الفصل الثانى من القسم الثانى من هذا البحث ٠

(٣) الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى ، العقود ، المرجع السابق ص ٦٠٥ ٠

(٣) نشأة وتطور نظرية عمل الأمير :

نشأت نظرية عمل الأمير نشأة قضائية ، شأنها فى ذلك شأن كل من نظريتى الصعوبات المادية غير المتوقعة والظروف الطارئة • فهى من خلق مجلس الدولة الفرنسى الذى أرسى الأحكام التى تقوم عليها وشروط تطبيقها والتطورات التى لحقت بها • وعلى الرغم من أن هذه النظرية قديمة فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى (١) ، الا أنه مازال هنالك خلافا فى الفقه حول بعض عناصر الغموض والابهام التى تعتور هذه النظرية ، خاصة أن بعض أحكام مجلس الدولة الفرنسى، والمتعلقة بتلك النظرية كانت ومازالت محل جدل كبير فى تفسيرها • وكل ذلك، يلقى بظلاله على محاولة التحديد الدقيق لنشأة تلك النظرية ، وهل يتناول المعنى الواسع لها من زاوية أن تعبير " عمل الأمير " قد يطلق على كل تدخل للسلطة العامة يؤثر بشكل أو بآخر على تنفيذ الالتزامات العقدية والفرض أن هذه التدخلات يمكن أن تتخذ أوضاعا مختلفة للغاية ، ليس فقط فيما يتعلق بموضوعها ، ولكن أيضا من خلال تعدد أجهزة الدولة وتنوعها • ولذلك فان محاولة الحديث عن نشأة نظرية عمل الأمير بالمعنى الواسع ، يصبح أمرا غير محدد حيث لا يوجد فى الواقع فى هذه الحالة نظرية متجانسة ، وانما مواقف متنوعة يشملها مصطلح عمل الأمير ، كما أن الحلول القانونية هى الأخرى متنوعة ومتباينة • (٢)

---

(١) يراجع فى هذا الصدد :

الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى ، العقود ، المرجع السابق ص ٥٦٧ •

(٢) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 516 et 517: " ... si l'on retient d'abord le sens large de la notion de fait du prince, on peut dire qu'elle ne donne pas lieu en réalité a une théorie homogène, l'expression "fait du prince" recouvrant des situations variées dont le règlement comporte des solutions juridiques elles-mêmes diverses".

واذا تناولنا عمل الأمير بالمعنى الضيق ، أي من خلال أنه اجراء تتخـــذه السلطة المتعاقدة ويؤثر على شروط تنفيذ العقد ، فان من صور هذا الاجـــراء ماتتخذه الادارة من قرارات تؤدي الى تعديل مباشر في شروط العقد • فغالبيـــة الفقه تنظر الى أن سلطة التعديل هي احدى تطبيقات نظرية عمل الأمير، بـــل ان أستاذنا الدكتور العميد الطماوي يرى أن نظرية عمل الأمير تتمثل في هـــذا الغـــرض في أجلى صورها (١) • ومع ذلك فان بعض الفقها يذهبون الى أن نظرية عمل الأمير يجب أن تقتصر فقط على ممارسة الادارة المتعاقدة لسلطاتها الخارجة عن النطاق التعاقدي ، وبالتالي التضييق من مجال نظرية عمل الأمير بحيـــث لا يشمل سلطة الادارة في تعديل العقد ، على اعتبار أنها ممارسة لسلطـــــة عادية مستمدة من العقد ذاته بذات الصفة للتي تعاقدت بها الادارة • (٢) فـــاذا أردنا الحديث عن نشأة نظرية عمل الأمير وفقا لما يذهب اليه غالبية الفقهـــاء، لوجب أن يشمل ذلك تناول نشأة سلطة الادارة في تعديل عقودها بارادتهـــــا المنفردة كأحد التطبيقات الهامة لتلك النظرية وحتى في اطار هذا المضمـــون فان تلك السلطة لم تسلم من تطرف بعض الفقهاء المحدثين الى حد انكارهـــا اذا لم يتم النص عليها في العقد ذاته أو نص عليها المشرع صراحة • (٣)

---

(١) العقود ، المرجع السابق ، ص ٥٧٤ •

(٢) سنتناول هذه الاراء بالتفصيل المناسب عند الحديث عن مجال التطبيـــق الموضوعي لنظرية عمل الأمير في المبحث الثاني من الفصل الأول فـــي القسم الأول من هذا البحث •

(٣) يراجع في هذا الصدد :

- **J.L 'Huillier**, "Les contrats administratifs tiennent-ils lieu de loi de l'administration", D. 1953, Chron., p. 87 et s.; F.P. Bénoit, "De l'inexistence d'un pouvoir de modification unilatérale dans les contrats administratifs"., J.C.P. 1961. 1. 1775.

ولا تقتصر الصعوبة على وضع اطار محدد لنظرية عمل الأمير ، حتى يمكن تحديد نشأة هذه النظرية تحديدا دقيقا ، بل ان الأمر يتجاوز ذلك الى بعض الأفكار المرتبطة بتلك النظرية ارتباطا وثيقا ، وأهمها قاطبة فكرة التوازن المالي للعقد الاداري . هذه الفكرة التي على أساسها يتعين على جهة الادارة أن تعيد التوازن المالي للعقد كلما اختل هذا التوازن نتيجة فعلها وتدخلها أثناء تنفيذ العقد . وفكرة التوازن ظهرت لأول مرة بمناسبة تدخل الادارة في عقود الامتياز ، وأبرزها وصاغها مفوض الحكومة " L. Blum " في تقريره أمام مجلس الدولة الفرنسي في قضية "Compagnie française des tramway" والتى صدر فيها حكم المجلس في ٢١ مارس سنة ١٩١٠ (١) . وسوف نرى أن تلك الفكرة أيضا لم تسلم من الجدل الفقهي حول مدلولها وشروطها ، بل حول وجودها ذاته . (٢)

وأيا ماكان الأمر ، فانه اذا كانت هناك بعض التطبيقات القضائية لنظرية عمل الأمير ترجع الى منتصف القرن التاسع عشر (٣) ، الا أن هناك بعض الأحكام الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي ، والتى تعتبر علامات على طريق تطور تلك النظرية وفقا للمفهوم الحالي في الفقه والقضاء .

---

(١) منشور في مجموعة " سيرى " سنة ١٩١١ ، الجزء الثالث ص ١ .

(٢) يراجع المبحث الأول من الفصل الثاني ـ القسم الثاني من هذا البحث ، حيث سنتناول عرض هذه الفكرة والجدل الذى ثار حولها عند بحث أساس حق التعويض عن عمل الأمير .

(٣) يراجع على سبيل المثال :

- C.E. 1er février 1829, Moreau, Rec. p. 28.

وقد أشار الى هذا الحكم الأستاذ " دى لوبادير " في مطوله عن العقود ، الطبعة الأولى ، الجزء الثالث ، المرجع السابق ص ٥٣ .

فمن جهة أولى ، وكما سنرى فيما بعد ، فانه لكي تطبق نظرية عمـــل الأمير ، يجب أن يكون الاجراء الذي سبب الضرر صادرا من جهـــة الادارة المتعاقدة. هذا القيد فرضه مجلس الدولة الفرنسي واستقر قضاؤه عليه اعتبـــارا من حكمه الصادر في ٤ مارس سنة ١٩٤٩ في قضية "Ville de Toulon" (١) . في حين أن المجلس كان قد أعلن قبل ذلك التاريخ في عدد من أحكامه القديمة امكانية تعويض المتعاقد استنادا لنظرية عمل الأمير دون اشتراط اسناد الفعل الذي سبب الضرر للسلطة المتعاقدة (٢) .

ويرى الفقه أن هذا القيد هو الذي أدى الى توضيح الاطار المحـــدد لمجال تطبيق تلك النظرية وحصره في الأفعال الصادرة عن ذات السلطـــة التي أبرمت العقد (٣) . الا أن إعمال هذا الشرط يقتضي التحديد الدقيـــق لمفهوم فكرة السلطة المتعاقدة (٤) .

---

(١) المجموعة ص ١٩٧ .

(٢) على سبيل المثال

- C.E. 20 mai 1904, Cie marseillaise de navigation, Rec. p. 425; C.E. 28 novembre 1924, Tanti, rec. p. 940: "Le sieur T ... est fondé à regarder les sujétions par lui subies, quelle qu soit l'autorité qui les ait provoquées, comme provenant, non d'une imprévision ... mais d'un fait de l'administration dont il ne doit pas, en tout état de cause, supporter les conséquences".

(٣) يراجع في هذا الصدد:

- **A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé,** T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 523 et s.

(٤) يراجع المبحث الثاني من الفصل الثاني من القسم الأول من هـــذا البحث ، حيث عالجنا فكرة السلطة المتعاقدة من زاوية تحديـــد متى نعتبر السلطة التي تدخلت في العقد كأنها ... أجنبيـــة عن الادارة التي أبرمت العقد .

ومن جهة ثانية ، فانه اذا كانت أغلب التطبيقات القضائية لنظرية عمـــل الأمير في قضاء مجلس الدولة الفرنسي ، تتعلق بتدخلات الجهة الادارية المتعاقدة سواء في صورة اجراء عام أو خاص ، أي من خلال اتخاذ موقف ايجابي باجــراء معين ، الا أن المجلس مد مجال تطبيق تلك النظرية ليشمل الموقف السلبـي لجهة الادارة بالامتناع عن تطبيق القوانين واللوائح اذا ترتب على ذلك فرض أعباء جديدة على المتعاقد . ولقد ورد أول تطبيق لفكرة " عمل الأمير السلبي" فـي حكم المجلس الصادر في ١٢ ديسمبر سنة ١٩٢٤ في قضيـة "Ville de Dieppe" (١)

ومن جهة ثالثة ، يشير الفقه الى أن حكم مجلس الدولة الفرنسي الصـادر في ١٩ نوفمبر سنة ١٩٠٩ في قضية "Zeilabadine" (٢) يعتبـر من أوائل أحكام المجلس المتعلقة بتطبيق نظرية عمل الأمير اذا تمثل ذلـك العمل في تدخل الدولة كسلطة تشريعية في مجال عقودها مع الافراد (٣) . هذا اذا أدى الاجراء العام الى تعديل شروط العقد ، أما الصعوبة والغموض فقـد تمثل في قضاء مجلس الدولة الفرنسي المتعلق بنطاق تطبيق نظرية عمل الأمير على الاجراءات العامة التي يقتصر أثرها على التأثير في ظروف تنفيذ العقـد ، والذي أثار جدلا فقهيا كبيرا في خصوص تفسير أحكام المجلس القديمة والحديثة على السواء ، مما سنتعرض له في موضعه من هذا البحث .

أما في مصر ، فان نظرية عمل الأمير لم تعرف قبل انشاء مجلس الدولـة المصري سنة ١٩٤٦ (٤) . ولا غرابة في ذلك فهذه النظرية من الأفكار الادارية

---

(١) - R.D.P. 1925, p. 65, Concl. Rivet.

(٢) - S. 1910, 3, 1, note Hauriou.

(٣) سوف نلقي مزيدا من الضوء على هذه الجزئية عند دراسة طبيعة وصـور التدخل القابل لأن يكون محلا لتطبيق نظرية عمل الأمير - يراجـع المبحث الثاني من الفصل الثاني من القسم الأول من هذا البحث .

(٤) الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي ، العقود ، المرجـع السابـق ، ص ٥٦٧ .

التي ابتدعها القضاء الإداري الفرنسي ولا مقابل لها في القانون الخاص . وإذا كانت سلطة الادارة في تعديل عقودها بإرادتها المنفـردة ، هي احدى تطبيقات نظرية عمل الأمير ـ بشروط معينة وكما سنرى فيما بعد ـ ولما كانت هذه السلطة تصطدم بالقوة الملزمة للعقد باعتباره شريعة المتعاقدين ، فان المحاكم القضائية الأهلية والمختلطة في مصر قد حالت بين الادارة وبين تعديل شروط العقد بإرادتها المنفـردة . فقواعد القانون المدني التي كانت تطبق في ذلك الوقت على كافة عقود الادارة بصرف النظر عن طبيعتها ، لم تكن تقر بطبيعة الحال انفراد أحد طرفي الرابطة العقدية بتعديل شروط العقد . كما أن تلك المحاكم لم تكن في وضع يسمح لها بتطبيق القواعد الادارية التي شادها مجلس الدولة الفرنسي لتحكم العقود الادارية ، ولهذا كان منطقيا أن ترفض الأخذ بنظرية الظروف الطارئة ـ كما سبق أن أوضحنا ـ وأن ترفض أيضا الاعتراف بحق الادارة في تعديل عقودها بإرادتها المنفردة ، طالما أن العقد لا يتضمن بين نصوصه مايسمح بهذا الحق . (١)

أما بعد أن اختص مجلس الدولة المصري بالنظر في المنازعات المتعلقة بالعقود الادارية ، فقد سلم بنظرية عمل الأمير سواء على صعيد القضاء أو الرأي . ولقد أتيحت الفرصة لمحكمة القضاء الاداري المصرية لتعريف تلك النظرية وابراز شروط تطبيقها وبصفة خاصة في حكمها الصادر في ٣٠ يونيه سنة ١٩٥٧ (٢) . ويشير أستاذنا الدكتور سليمان الطماوي الى حكمين لمحكمة القضاء الاداري استخدمت

---

(١) يراجع في هذا الصدد :

- S. Badaoui, Thèse précitée, p. 22 et s.

والدكتور علي الغحام ، رسالته السابق الاشارة اليها ، ص ١٨٨ ومابعدها .
وتراجع الأحكام التي أشار اليها الأستاذ الدكتور ثروت بدوي ، رسالته السابق الاشارة اليها ، ص ٢٣ .

(٢) القضية رقم ٩٨٣ لسنة ٩ ق ـ مجموعة أحكام المحكمة ، السنة الحادية عشر ، ص ٦٠٧ .

فيها المحكمة تسمية " عمل الحاكم " بدلا من تسمية " عمل الأمير " التي إستقرت في الفقه والقضاء. الحكم الأول صادر في ٢ يونيه سنة ١٩٥٣ [١]، والثاني صادر في ١٦ يونيو من نفس العام [٢]. ولقد بادر الاستاذ العميد الطماوي بانتقاد هذه التسمية ، لأن مصطلح " عمل الأمير" يقابل حرفيا الاصطلاح الفرنسي Le fait du prince كما أنه أقرب دلالة على المعنى المراد من اصطلاح الحاكم [٣].

ومن أوائل أحكام المحكمة الادارية العليا المتعلقة بنظرية عمل الأمير ، حكمها الصادر في ٢٠ مايو سنة ١٩٦١ [٤] ، والتي أجملت فيه المحكمة شروط تطبيق تلك النظرية وان كانت قد انتهت في هذا الحكم ــ وكما سنرى فيما بعد ــ الى أن شروط نظرية عمل الأمير التي استند اليها الطاعن في تقرير أحقيته في التعويض غير متوافرة في خصوصية الدعوى . وعلى صعيد الرأى ، فلقد أتيحت الفرصة للجمعية العمومية للقسم الاستشاري في عدد من فتاويها أن تتصدى لتعريف تلك النظرية وبيان شروط تطبيقها [٥].

---

(١) مجموعة أحكام المحكمة ، السنة السابعة ، ص ١٣٩٧.

(٢) مجموعة أحكام المحكمة ، السنة السابعة ، ص ١٥٦٣.

(٣) مؤلفه " مبادىء القانون الاداري المصري والمقارن " الطبعة الثانية سنة ١٩٥٦ ، هامش ص ٤٧٢ . ويراجع مؤلفه في العقود، المرجع السابق ص ٥٦٩.

(٤) مجموعة أحكام المحكمة ، السنة السادسة ص ١١٣٣.

(٥) يراجع على سبيل المثال :

الفتوى رقم ٦٠٤ الصادرة بتاريخ ٢٠ يوليو سنة ١٩٦٠ ، مجموعة المبادئ القانونية في العقود الاداريه في خمسة عشر عاما ١٩٥٥ الى ١٩٧٠ ، المبدأ ٩٧ ، ص ١٧٩. وأيضا الفتوى رقم ٩٤١ الصادرة بتاريخ ٣ نوفمبر سنة ١٩٦٤ ، ذات المجموعة ، المبدأ ٩٩ ، ص ١٨٢.

ثالثا : الحكمة التي من أجلها خلقت هذه النظريات الثلاث

اذا كانت الغاية من ابرام العقد الاداري تكمن أساسا في كفالة حسن سير المرافق العامة ، فانه يمكن القول بأن القواعد والأحكام التي شادها القضاء الاداري الفرنسي فيما يتعلق بنظرية العقد الاداري ، كانت ومازالت نابعة من تلك العلاقة الحتمية بين العقد الاداري والقواعد الضابطة لسير المرافق العامة . ومن ضمن تلك القواعد والأحكام النظريات الثلاث التي خلقها مجلس الدولة الفرنسي للتغلب على الصعوبات والعوائق التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الاداري . فهذه النظريات الثلاث أيا كانت الأسانيد التي قامت عليها ، تقوم على حكمة واحدة ترتبط بالنظر الى المتعاقد على أساس أنه معاون لجهة الادارة في أداء وظيفتها ، التي تهدف أساسا الى كفالة حسن سير المرافق العامة باستمرار وانتظام ، وحسن أداء الأعمال والخدمات ، تحقيقا للمصلحة العامة (١) .

فلا مراء في أنه مراعاة لصلة المتعاقد بالمرافق العامة – التي ما أبرم العقد الا من أجلها – فانه يجب على كل من الادارة والمتعاقد معها ، التعاون والتعاضد للتغلب على كل ما يصادف تنفيذ العقد من عقبات وما يعترضه من صعوبات (٢) . من خلال هذا الادراك لطبيعة العلاقة بين الادارة ومن يتعاقد معها ، أمكن لمجلس الدولة الفرنسي أن يخلق النظريات الثلاث عمل الأمير والظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة واضعا نصب عينيه طبيعة روابط القانون العام ، واحتياجات المرافق العامة ومقتضيات حسن سيرها ، ومتخطيا في ذلك القوة الملزمة للعقد وقاعدة ان العقد شريعة المتعاقدين . ومن جهة ثانية فان النظام القانوني الذي يخضع له العقد الاداري يتضمن كثيرا من مظاهر السلطة العامة ، الذي يجعل الادارة في وضع متميز عن المتعاقد معها ، بما تتمتع به من سلطات خطيرة في مواجهة المتعاقد ، منذ ولادة الرابطة العقدية وحتى نهايتها . ولهذا قدر مجلس الدولة الفرنسي حين خلق هذه

---

(١) يراجع في هذا المعنى :
الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي ، العقود ، المرجع السابق ص ٦٦٧

- M. Waline, Article précitée, R.D.P. 1951, p. 5.(٢)

النظريات ، أن الافراد في ظل خضوعهم لهذه السلطات الاستثنائية ، يجب أن تكون لهم حقوق مقابلة توازن تلك السلطات اذا أقدموا على التعاقد مع جهة الادارة . فاذا كان لجهة الادارة حق ممارسة هذه السلطات النابعة من الطبيعة الذاتية للعقود الادارية ، فان مجلس الدولة الفرنسي وهو يضع أسس هذه النظريات ، حرص تشجيعا للافراد على التعاقد مع الادارة ، أن يكون مفهوما لديهم أنهم سيعوضون تعويضا عادلا عن الاضرار التي تلحق بمركزهم التعاقدي أو تخل بالتوازن المالي للعقد كما روعي عند التعاقد، على أثر ممارسة الادارة لسلطاتها المتعددة وتدخلاتها المؤثرة أثناء تنفيذ العقد . (١)

ومن جهة ثالثة ، فان هناك حكمة أملتها النواحي العملية ، أشارت اليها محكمة القضاء الاداري المصرية في حكمها المطول الصادر في ٣٠ يونيه سنة ١٩٥٧ (٢) ، حيث تقول المحكمة أن " المتعاقد مع الادارة – مع حسن وزنه للأمور وسلامة تقديره واتخاذه الحيطة الواجبة – قد تصادفه عند التنفيذ ظروف استثنائية وأمور لم تكن في الحسبان وصعوبات غير منظورة لم يكن يتوقعها ، أو يتعرض لمخاطر ادارية أو اقتصادية ، وينشأ عن ذلك زيادة أعبائه المالية زيادة يختل معها التوازن المالي للعقد ، ويصاب بخسارة محققة ، فيكون من حقه على جهة الادارة ألا يتحمل وحده كل الغرم وأن تساهم جهة الادارة بقدر معين فتعوضه تعويضا عادلا عما يصيبه من أضرار ، ولو لم يكن هناك خطأ من جانب الجهة الادارية التي تعاقد معها ، تأسيسا على أنه ليس من العدل والانصاف وحسن النية في المعاملات أن يترك مثل هذا المتعاقد فريسة لظروف سيئة لا دخل له فيها وبدون أي تعويض استنادا الى نصوص العقد الحرفية . . .

---

(١) - B. Sablier, "Les imprévus et les pouvoirs nouveaux de l'administration dans les marchés publics de travaux", Thèse, Nice, 1979, p. 3 et s.

(٢) القضية رقم ٩٨٣ لسنة ٩ ق – سبقت الاشارة اليها .

لأن معنى ذلك استباحة الاضرار به ، وهو أمر – الى جانب مجافاته للعدالة – لا يتفق والمصلحة العامة ، اذ ينتهي الأمر الى احدى نتيجتين : اما الى خروج المقاولين أو متعهدى التوريد الأمناء الأكفاء من سوق التعامل مع الدولة، أو انصرافهم عن الاشتراك في المناقصات مستقبلا ، فيتلقف الزمام غير الاكفاء وغير الأمناء ، وتقع المنازعات والاشكالات التي تنتهي الى تعطيل المرافق العامة وبخاصة بالنسبة للأعمال الانتاجية والاقتصادية والعمرانية الضخمة ذات الأهمية الخاصة ... واما أن يعمد هؤلاء الى تأمين أنفسهم بأن يحتسبوا من ضمن أسعار عطاءاتهم مبلغا للاحتياط ضد تلك المضار والأخطار المحتملة ، وتكون النتيجة زيادة عامة في الأسعار التي تتم بطريق المناقصة ، مما يفوت على جهة الادارة غرضها في الحصول على الأيدى العاملة بأفضل الأسعار وأنسبها ، وهذه كلها نتائج يجب تفادى الأسباب المؤدية لها ، لأنها لا تتفق والمصلحة العامة.."

وهذه الفقرة المطولة التي اقتبسناها من حكم محكمة القضاء الادارى المصرية تعكس فهما عميقا للحكمة التي من أجلها ابتدع مجلس الدولة الفرنسي النظريات الثلاث .

القســـم الأول

شروط إعمـــال كل من النظريـــات الثـــلاث

اذا كان بين النظريات الثلاث ، عمل الأمير والظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة أكثر من وجه من أوجه الشبه ، فان هناك أيضا بعض أوجه الخلاف فيما بينها ، والا لما انفردت كل نظرية من هذه النظريات بذاتيـــة خاصة تميزها عن الأخرى •

فاذا نظرنا الى الأوجه التي تلتقي عندها النظريات الثلاث من زاويـــة شروط اعمال كل منها ، نجد أنه يجب أن تكون هناك منازعة تتعلق بعقـــد اداري بالمعنى الاصطلاحي ، وسنجد أن مجال كل من النظريات الثلاث يشمل جميع العقود الادارية . يضاف الى ذلك أن النظريات الثلاث تقوم على أســـاس مسئولية الادارة بلا خطأ ، وأن تلك النظريات تشترك في أن الأمر الـــذي تتحقق به المسئولية يجب أن يكون غير متوقع أو لم يكن في الوسع توقعه •

واذا استعرضنا أوجه الخلاف ، فسنجد أنها تتركز في الفعل الـــذي تتحقق به المسئولية من ناحية ، ومن ناحية أخرى من حيث شروط التطبيـــق . وعلى هذا النحو نقسم دراستنا لهذا القسم الى فصلين على النحو التالي :ـ

الفصل الأول : أوجه الشبـــه •
الفصل الثاني : أوجه الخلاف •

الفصـــل الأول

أوجه الشبه فيما يتعلق بشروط اعمال كل مــن النظريات الثـلاث

وسنتناول هذا الفصل في أربعة مباحث على النحو التالي :

المبحث الأول : منازعة تتعلق بعقد اداري .

المبحث الثاني : مجال كل من النظريات الثلاث يشمل جميع العقـــود الاداريـــة .

المبحث الثالث : مسئولية الادارة بلا خطأ .

المبحث الرابع :المخاطر الادارية والاقتصادية والطبيعية غير المتوقعة .

المبحث الأول

منازعة تتعلق بعقد اداري

تمهيـــد :

تعتبر نظريات عمل الأمير والظروف الطارئة وأيضا نظرية الصعوبات المادية غيرالمتوقعة من خلق مجلس الدولة الفرنسي الذي أرسى قواعدها في اطار روابـــط القانون العام واحتياجات المرافق ومقتضيات سيرها ، ولذلك فانه لكي تطبق هـــذه النظريات يجب أن نكون بصدد عقد من العقود الادارية، فالعقد الاداري يعتبـر مصدر المسئولية التعاقدية للادارة • ولكن ليس كل عقد تبرمه الادارة يعتبر عقدا اداريا ، فالادارة في مباشرتها لنشاطها الذي يرمي اساسا الى اشباع الحاجـــات العامة تلجأ الى وسائل متعددة تحقيقا لهذه الغايات ومن هذه الوسائل ابـرام عقود مع الأشخاص العامة او الخاصة،وهذه العقود تخضع لأنظمة قانونية مختلفة، ذلك أن الادارة وهي تسلك سبيل التعاقد قد تبقى في نطاق القانون الخـــاص فتكون عقودها عقودا مدنية ، وقد تأخذ بأساليب القانون العام وامتيازاته وهنا تكون العقود التي تبرمها عقودا ادارية بالمعنى الفني لهذا المصطلح• واذا كـــان نطاق تطبيق النظريات الثلاث مقصورا على العقود الادارية للادارة ، فـــان عقود الادارة المدنية تظل محكومة بالقواعد العامة في القانون الخاص (١). ولهذا فان نقطة البدء هي التعرف أولا على طبيعة العقد وهل هو عقد مدنـــي ام اداري • ويترتب على هذا التمييز تحديد جهة القضاء المختصة بنظـــر النزاع حيث يكون الفصل في المنازعات المتعلقة بعقود الادارة الخاصة لجهــة القضاء العادي ، بينما يكون الاختصاص معقودا لجهة القضاء الاداري فـــي حالة العقود الادارية •

ومن هنا تبرز الاهمية القصوى للتمييز بين عقود الادارة المدنيـــة والادارية نظرا لخضوع كل نوع منها لقواعد قانونية مختلفة ، وكذلك للتعـــرف

---

(١) مع ملاحظة ان المشرع المصري قد أخذ بنظرية الظروف الطارئة فـــي القانون المدني وجعلها من المبادىء المقررة بالنسبة لعقود القانـــون الخاص على خلاف الأوضاع في فرنسا ،مما سنتناوله تفصيلا في موضـــع آخر • (انظر ص ١٤٤ ومابعدها من هذا البحث) •

على الجهة القضائية التي تختص بنظر ما يثار حول العقد من منازعات . (١)

المعيار القضائي لتمييز العقد الاداري :

يرجع الى القضاء الاداري الفرنسي الفضل في تحديد المعايير التي تسمح بتمييز عقود الادارة الادارية عن عقودها التي تخضع للقانون الخاص . ولقد شهدت هذه المعايير تطورا ملحوظا في قضاء مجلس الدولة الفرنسي منذ نشأة نظرية مستقلة للعقد الاداري . الا أنه يمكن رد هذه المعايير الى طائفتين أساسيتين هما :

أ ـ المعيار المرتبط بفكرة المرفق العام .

ب ـ المعيار المرتبط باحتواء العقد على عناصر استثنائية . (٢)

ووفقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسي والمصري ، يمكن تعريف العقد الاداري بطبيعته بأنه " ذلك الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه أو تظهر فيه نية الادارة في الأخذ بأحكام القانون العام وآية ذلك أن يتضمن العقد شروطا استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص أو أن يخول المتعاقد مع الادارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام" (٣) ومن الأحكام العديدة التي تشير الى الأركان التي يقوم عليها هذا التعريف في قضاء مجلس الدولة الفرنسي ، حكم المجلس الصادر في ١٠ يونيو ١٩٨٨ ، والذي قضى بأن موضوع العقد غير المتصل بتنفيذ مرفق عام والذي لا يحتوى على أية شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، لا يعتبر عقدا

---

(١) يراجع في هذا الصدد :

- A. De Laubadère, J.C. Venezia, Y. Gaudemet, T.D.A., Op. Cit,. p. 593.

(٢)
- A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e ed., 1983, t. 1, p. 144 et s.

(٣) الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي ، العقود ، المرجع السابق ، ص ٥٢ .

اداريا وانما من عقود القانون الخاص ، وبالتالى فان القضاء الادارى غير مختص بنظر المنازعات المتعلقة به ⁽١⁾ .

وما قرره مجلس الدولة الفرنسي فى هذا الحكم ماهو الا تأكيد لما استقر عليه قضاء المجلس حديثا ، بحيث يمكن القول بأن مجلس الدولة الفرنسى قد تخطى مرحلة عدم الاستقرار على معيار محدد لتمييز عقود الادارة الادارية عن عقودها التى تخضع للقانون الخاص⁽٢⁾ . ويمكن التمييز بين مرحلتين أساسيتين لتطور قضاء مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الصدد :

ـ ففى مطلع القرن الحالى ساد معيار احتواء العقد على شروط استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص "Les clauses exorbitantes" كمعيار لتمييز العقد الادارى . ذلك الاتجاه الذى

---

(١) - C.E. 10 juin 1988, Sté Comptoir d'électricité Franco-Belge C. Ville de Paris, R.D.A., 27°A Annee, N° 7, Juillet 1988, p. 3: "Un contrat qui n'avait pas pour objet l'exécution d'un service public ... et qui ne comportait aucune clause exorbitante du droit commun; qu'il s'agissait donc d'un contrat de droit privé".

(٢) انظر من احكام القضاء الفرنسى التى تؤكد ذلك

- Trib. adm. Versailles 6 déc. 1985, Sté Calif C. Cne de Tercy, A.J.D.A., 1986, note J. Moreau, p. 374.

وقد جاء بهذا الحكم :

- Un engagement de garantie passé par une commune avec un établissement de crédit de droit privé peut avoir le caractère d'un contrat administratif, s'il a pour objet l'exécution d'une mission de service public au s'il comporte une clause exorbitante".

بدأ بصدور حكم مجلس الدولة الفرنسي الشهير في قضية شركة الجرانيت في ٣١ يوليو ١٩١٢.(١)

ثم توالت بعد ذلك أحكام القضاء الفرنسي لتدعم الاتجاه الذي بدأ عام ١٩١٢ ، والذي يقضي بأن عقود الادارة لا تصطبغ بالطابع الاداري ولا تدخل في اختصاص القاضي الاداري ، الا اذا تضمنت شروطا استثنائية(٢)، ذلك الاتجاه الذي ساد في القضاء الفرنسي حتى عام ١٩٥٦.

- C.E. 2 octobre 1985, Mme Bautiaa, R.D.P. 1986, = Juillet-Août, p. 1722: "Un contrat de location de terrains est administratif s'il comporte des clauses exorbitantes du droit commune".
- C.E. 5 février 1986, S.A. Sogam, R.D.P. 1986, p. 1722; "La Société participait à la gestion du service public".
- C.E. 13 juin 1986, Dép. de la Reunion, R.D.P. 1986, p.1723: "... l'exécution même d'une mission de service public .....".

(١) - C.E. 31 Juillet 1912, Société des granits porphyroides des Vosges, Rec. p. 909, Concl. L. Blum; R.D.P. 1914. 145, note Jèze; G.A.J.A., 7e éd., Sirey, 1978, p. 111.

(٢) انظر على سبيل المثال :

- C.E. 23 décembre 1921, Société générale d'armement, R.D.P., 1924, 390, Concl. Rivet.

وايضا : الأحكام العديدة التي اشار اليها الاستاذ " دي لوبادير" في مطوله في العقود ، الطبعة الثانية ، الجزء الاول ، السابق الاشارة اليه ، ص ٢١١.

الا أن عام ١٩٥٦ شهد تحولا واضحا فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى، فقد صدر فى ذلك العام حكمين للمجلس : الأول فى ٢٠ أبريل سنة ١٩٥٦ فى قضية الزوجين "برتان"(١) ، والثانى فى ١١ مايو سنة ١٩٥٦ فى قضية " شركة جوندران "(٢) تأكيدا للحكم الأول . حيث استند مجلس الدولة الفرنسى لكى يقضى باختصاصه بنظر الدعوى فى قضية الزوجين" برتان " الى أن "العقد كان موضوعه أن يعهد الى المتعاقدين ، تنفيذ المرفق العام ذاته .. ومن حيث أن هذه الواقعة تكفى بذاتها وحدها لأن تطبع الاتفاق موضوع النزاع بطابع العقد الادارى ، دون حاجة للبحث عما اذا كان العقد يتضمن شروطا استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص ، فان هذا العقد يخضع لاختصاص القضاء الادارى . "

وتأكيدا لهذا التحول فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى ، قرر المجلس فى قضية " شركة جوندران " الصفة المدنية للعقد المبرم بين الادارة والمتعاقدين والخاص بنقل وتخليص البضائع على أساس أن " العقد وان كان قد أبرم لخدمة مرفق عام الا أن موضوعه لم يكن تكليف الشركة المدعية بتنفيذ المرفق العام ذاته ".

وفضلا عن ذلك فان هذا القضاء لم يستبعد المعيار المرتبط باحتواء العقد على شروط استثنائية(٣) . الا أن هذا المعيار بعد أن كان يحتل

---

(١) - C.E. 20 avril 1956, Époux Bertin, Rec. p. 167; R.D.P. 1956. 869, Concl. Long; Note Waline; D. 1956. 433 note A. De Laubadère; G.A.J.A., 7e éd., p. 440.

(٢) - C.E. 11 mai 1956, Société française des transports Gondrand, Rec. p. 202; A.J.D.A., 1956, II, 247, Concl. Long.

(٣) - **A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé.,** T.C.A., 2e éd., t. 1, Op. Cit., p. 155: ".... cette jurisprudence n'élimine du reste pas le critère tiré de la présence de clauses exorbitantes dans le contrat ..... "

المرتبة الاولى على اثر قضاء المجلس في عام ١٩١٢ ، أصبح في المرتبة الثانية بحيث يمكن القول بأن قضاء " برتان " قد أفضى الى معيار يقوم على عنصر تخييري أو تبادلي "Un élément alternatif" . فالعقد يكون اداريا اما بارتباط موضوعه بمهمة المرفق العام واما لاحتوائه على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص . (١)

واذا كانت نظرية العقد الاداري من خلق مجلس الدولة الفرنسي، الا أن هذه النظرية والأحكام الأساسية التي تقوم عليها قد تبلورت بصورة واضحة في القضاء الاداري المصري منذ أن تقرر اختصاص مجلس الدولة المصري بنظر كافة منازعات العقود الادارية دون غيره ابتداء من القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ . حيث نصت المادة العاشرة منه على أن " يفصل مجلس الدولة بهيئة قضاء اداري دون غيره في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو بأي عقد اداري آخر " وهي ذات الصياغة التي التزمها المشرع المصري في القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ ، والقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ (القانون الحالي لمجلس الدولة المصري) ، حيث أصبح اختصاص مجلس الدولة شاملا لجميع العقود الادارية وكافة المنازعات المتعلقة بتلك العقود . (٢)

---

(١) - J.F. Lachaume, "Les grandes décisions de la jurisprudence administrative", P.U.F., Thémis, 3e éd., 1985, p. 271: "... Un contrat étant administratif soit par le lien privilégié de son objet avec la mission de service public, soit parce qu'il contient des clauses exorbitantes du droit privé .... "

(٢) انظر في التفاصيل : الأستاذ الدكتور العميد " سليمان الطماوي " - الأسس العامة للعقود الادارية - المرجع السابق - ص ٣٥ ومابعدها ، ص ١٧٤ ومابعدها .

وكان لابد للقضاء الادارى المصرى أن يبحث عن معيار لتمييز العقود الادارية بمعناها الفنى عن عقود الادارة الخاضعة للقانون الخاص. هذا المعيار يمكن أن يستشف من الأحكام الكبرى الصادرة من محكمة القضاء الادارى والمحكمة الادارية العليا في هذا الصدد .

فقد ذهبت المحكمة الادارية العليا الى أن " مناط العقد الادارى أن تكون الادارة أحد أطرافه ، وأن يتصل بنشاط المرفق العام من حيث تنظيمه وتسييره بغية خدمة أغراضه وتحقيق احتياجاته مراعاة لوجه المصلحة العامة، وما تقتضيه من تغليبها على مصلحة الأفراد الخاصة، وأن يأخذ العقد بأسلوب القانون العام ومايبنطوى عليه من شروط استثنائية غير مألوفة فى عقود القانون الخاص سواء تضمن العقد هذه الشروط أو كانت مقررة بمقتضى القوانين واللوائح " (1) .. وقضاء المحكمة الادارية العليا مستقر ومطرد فى هذا الخصوص .

هذا الاتجاه في قضاء المحكمة الادارية العليا الذى اعتمدته واستقر قضائها عليه ، أخذت به أيضا محكمة القضاء الادارى، وهو ما ورد أيضا صراحة بفتاوى الجمعية العمومية للقسم الاستشارى للفتوى والتشريع .. ومثال ذلك حكم محكمة القضاء الادارى الصادر في ٢٤ فبراير سنة ١٩٥٧، حيث تقول المحكمة " ... استقر قضاء هذه المحكمة على أن العقد المبرم

---

(١) حكم المحكمة الادارية العليا رقم ٥٥٩ الصادر فى ٢٤ فبراير ١٩٦٨ س ١٣ ق ـ المجموعة ص ٥٥٧ ، مجموعة المبادىء القانونية التى قررتها المحكمة الادارية العليا فى خمسة عشر عاما ١٩٦٥ ـ ١٩٨٠ ـ الجزء الثانى ص ١٨٣٢.

وانظر أيضا " قضاء مستقر بذات المعنى للمحكمة الادارية العليا " :

حكم رقم ٥٧٦ صادر فى ٣٠ ديسمبر ١٩٦٧ س ١٣ ق ـ المجموعة ص ٣٥٩.

حكم رقم ١٨٨٩ صادر فى ٣١ مارس ١٩٦٢ س ٧ ق ـ المجموعة ص ٥٢٧.

وانظر أيضا الأحكام العديده التى ذكرها الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى ـ العقود ، المرجع السابق ص ٥٤.

بين شخص معنوى عام وبين أحد الأفراد لا يستلزم بذاته اعتبار العقد من العقود الادارية ، بل ان المعيار المميز لهذه العقود عما عداها من عقود القانون الخاص ، ليس فى صفة المتعاقد ، بل فى موضوع العقد نفسه متى اتصل بمرفق عام من حيث تنظيم المرفق أو تسييره أو ادارته أو استغلاله أو المعاونة أو المساهمة فيه مشتركا فى ذلك وعلى درجة متساوية بظهور نية الشخص المعنوى العام فى أن يأخذ فى العقد بأسلوب القانون العام وأحكامه، فيضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص ". (١)

ولقد أخذت الجمعية العمومية للقسم الاستشارى للفتوى والتشريع بذات التعريف ، فهى تقرر " أن العقود الادارية تختلف فى طبيعتها عن العقود المدنية ، ذلك لأنها تعقد بين شخص من أشخاص القانون العام ، وشخص من أشخاص القانون الخاص ، بقصد تحقيق مصالح عامة ، ومركز المتعاقدين فيها غير متكافىء اذ يجب أن يراعى فيها دائما تغليب الصالح العام على الصالح الخاص ، وهذا الهدف يجب أن يسود شروط العقد وعلاقة المتعاقدين عند تطبيقه وتفسيره ، كما أن الادارة تراعى فى الشروط الجزائية المنصوص عليها فى عقد ما ، ملاءمتها لطبيعة هذا العقد وقيمته وموجبات السرعة فى تنفيذه فى وقت معين وطريقة معينة حتى تكفل انتظام سير المرفق العام ، هذا فضلا عن أن المتعاقد مع الادارة يقبل التعاقد وهو عالم مقدما بجميع الشروط والظروف المحيطة بالعقد ". (٢)

كما أن محكمة النقض المصرية لم تكن بمعزل عن هذا الاتجاه. فالعقد الادارى على ماجرى به قضاء هذه المحكمة هو " العقد الذى يبرمه شخص معنوى من أشخاص القانون العام بقصد ادارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وتظهر نيته فى الأخذ بأحكام القانون العام وذلك بتضمينه شروطا

---

(١) القضية رقم ٧٧٩ لسنة ١٠ ق .

(٢) فتوى رقم ٦٣٧ صادرة بتاريخ (١٩٥٦/١٠/٢٣) ـ مجموعة المبادىء التى قررتها الجمعية العمومية للقسم الاستشارى للفتوى والتشريع . الاستاذ أحمد سمير أبوشادى ، طبعة ١٩٦٤ص ٧٥١ .

استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص .. "[(١)] . وبالاضافة الى ذلك فلقد تصدت المحكمة الدستورية العليا ـ باعتبارها محكمة تنازع ـ لمعيار تمييز العقد الادارى فأكدت على ضرورة توافر الجانب العضوى والموضوعى فى معيار تمييز العقد[(٢)] . ويتمثل الجانب العضوى أو الشكلى فى أن تكون الادارة طرفا فى العقد كمبدأ عام (مع بعض الاستثناءات) ، فى حين أن اتصال العقد بالمرفق العام واتباع أسلوب ووسائل القانون العام يمثلان الجانب الموضوعى فى معيار تمييز العقد الادارى بطبيعته[(٣)] .

وترتيبا على ماتقدم وفى ضوء ما استقر عليه القضاء المصرى ، نجد أن معيار العقد الادارى يقوم على ضوابط ثلاث :

أ ـ أن يكون أحد أطرافه ـ على الأقل ـ شخصا من أشخاص القانون العام (مع بعض الاستثناءات) .

ب ـ أن يتصل العقد بتنظيم أو بتسيير مرفق عام .

جـ ـ أن يأخذ العقد بأسلوب القانون العام وما ينطوى عليه من شروط استثنائية غير مألوفة فى عقود القانون الخاص .

---

(١) حكم محكمة النقض المصرية فى ١٩٧٩/١١/٨ فى الطعن رقم ١٢٩٧ لسنة ٤٨ . وأيضا حكمها الصادر فى ١٩٧٢/٣/٩ لسنة ٢٣ ، مجموعة أحكام النقض ص ٣٥٨ .

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا فى ٢٩/يونيو/١٩٧٤ ـ القضية رقم ١٠ لسنة ٤ ق عليا ـ تنازع ..

وأيضا فى ذات المعنى حكمها فى ١٩/ يناير / ١٩٨٠ ـ القضية رقم ٧ لسنة ١ ق ـ المجموعة ص ٢٤٤ .

وقد جاء بهذا الحكم الاخير : " يتعين لاعتبار العقد عقدا اداريا ان يكون أحد طرفيه شخصا معنويا عاما ، يتعاقد بوصفه سلطة عامة ، وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام ، بقصد تسييره أو تنظيمه وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الادارية وهو انتهاج أسلوب القانون العام فيما تتضمنه هذه العقود من شروط استثنائية بالنسبة الى روابط القانون الخاص " .

(٣) الدكتورة عزيزة الشريف ، دراسات فى نظرية العقد الادارى ، ط ١٩٨١ ، ص ٣٣ ومابعدها .

واذا كان القضاء المصرى مازال يؤكد على ضرورة توافر المعيار المتعلق باتصال العقد بالمرفق العام والمعيار المتعلق بالشروط الاستثنائية وبدرجة متساوية لصبغ العقد بالطابع الادارى (١) ـ وذلك بالاضافة الى المعيار الشكلى المتعلق بأن يكون أحد أطراف العقد شخصا من اشخاص القانون العام ـ الا أن المتتبع لقضاء مجلس الدولة الفرنسى خاصة بعد قضاء " برتان " ، يجد أن القضاء الفرنسى قد استقر حاليا على وجود معيارين ، كل معيار منهما يكفى بذاته لصبغ العقد بالطابع الادارى ." فيكون العقد اداريا اذا كان موضوعه أن يعهد الى المتعاقد ، تنفيذ المرفق العام ذاته أو لأنه يتضمن شروطا استثنائية فى القانون الخاص " (٢) .

وسنتناول فى مطالب ثلاث كلا من المعيار العضوى والمعيار الموضوعى بشقيه : فنخصص المطلب الأول للمعيار العضوى والذى يتمثل فى أن يكون أحد طرفي العقد شخصا معنويا من أشخاص القانون العام ، وفى المطلب الثانى، نتعرض للشق الأول من المعيار الموضوعى ، وهو اتصال العقد بمرفق عام ، وفى المطلب الثالث ندرس الشق الثانى من ذلك المعيار ، وهو اتباع أساليب القانون العام وما تنطوى عليه من شروط استثنائية .

---

(١) يراجع حكم محكمة القضاء الادارى رقم ٥٦٤ صادر فى ١٩٦٤/١٢/٢٠ السنة ١٨ ق ـ المبدأ ٢٢٥ .

(٢) د . ثورية لعيونى ، معيار العقد الادارى ، رسالة من كلية الحقوق بجامعة عين شمس ، ١٩٨٧ ، ص ٥٤٩ .
وأنظر أيضا فى نفس المعنى :

- **C. Galiay**, "Les contrats entre personnes publiques"., Thèse, Toulouse, 1978, p. 131 et s.
- **A. De Laubadère**, "Traité élémentaire de droit administratif", L.G.D.J., Paris, 1966, 4e éd., p. 296.

المطلب الأول

شرط وجود الادارة كطـــرف فى العقـــد الادارى

كمبدأ عام ، لا يصطبغ العقد بالطابع الادارى الا اذا كان أحد أطرافه على الأقل شخصا من اشخاص القانون العام (١) ، " ويستوى بعد ذلك أن يكون الطرف الثانى فى التعاقد شخصا معنويا عاما أو فردا أو شخصا معنويا خاصا ".(٢) هذا المبدأ يمثل الضابط الشكلي أو العضوى فى معيار تمييز العقد الادارى ، ذلك أن قواعد القانون العام قد وجدت لتحكم نشاط السلطات الادارية لا نشاط الأفراد (٣) . ويترتب على ذلك وجوب استبعاد عقود أشخاص القانون الخاص من نطاق العقود الادارية (٤) ، فالعقد المبرم بين أشخاص خاصة لا يمكن أن يكون اداريا حتى ولو كان موضوعه متعلقا بتنفيذ أشغال عامة أو بمرفق عام طالما أن صاحب العمل قد تصرف لحسابه الخاص .(٥)

---

(١) - **A.M. Auby, R.D.-Ader,** Droit administratif, Op. Cit., p. 561.

(٢) الأستاذ الدكتور بكر القبانى : القانون الادارى الكويتى ، الكويت، ١٩٧٥ ص ٢٧٢ .

(٣) راجع الأستاذ الدكتور ثروت بدوى ، النظرية العامة فى العقود الادارية ، ١٩٧٦ ، ص ٥٩ .

(٤) ولكن اذا أبرم شخص عام عقدا واعتبر العقد اداريا ، فان التحول اللاحق للشخص العام الى شخص خاص لا يجرد العقد من الصبغة الادارية التى كانت له :
C.E.9 Juillet 1965, Société: "Les pêcheries de Keroman",. Rec. p. 418.

(٥) انظر
- **J.F. Prevost,** "A la recherche du critère du contrat administratif; la qualité des contractants"., R.D.P. 1971, p. 821.

الا أنه يلاحظ أن العقد قد يضم في بعض الأحيان أكثر من طرفين ، هنـا وطبقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسي فان وجود شخص عام واحد طرفا في العقـد يكفي لصبغ العقد بالطابع الاداري ، مع توافر الشروط الأخرى • (١)

وتطبيقا للمعيار العضوي الذي يتطلب ضرورة وجود شخص عام طرفا فـي العقد لاعتباره اداريا ـ بالاضافة الى الشروط الأخرى ومع وجود بعض الاستثناءات ـ

---

(١) - C.E. 18 octobre 1974, Confédération des auxiliaires medicaux, Rec. p. 495; Dr. Soc. 1975, 335, note Moderne; A.J.D.A. 1974. 535, Chron. jurispr. Franc et Boyon.

ويتعلق النزاع باتفاقيات تحديد أسعار الخدمات الطبية المعقودة بواسطة التنظيمات النقابية مع الصناديق القومية للتأمين الاجتماعي والتـي تشمل ـ بالاضافـة الى الصندوق الوطني للتأمين الصحي والـذي يعتبر مؤسسة عامة ـ صندوقين يعتبران من أشخاص القانون الخـاص. اعتبر مجلس الدولة الفرنسـي أن الاتفاقيـة ذات طبيعـة اداريـة • واذا كان مفوض الحكومة "Dondoux" قد انتهى لنفـس النتيجة التي ذيل بها المجلس حكمه في هذا النزاع الا أنه قد أسـس ذلك على أن أحد الصناديـق الثلاثـة للتأمين الاجتماعي المتعاقـدة ـ الصندوق الوطني للتأمين الصحي ـ والذي يتمتع بصفة المؤسسـة العامة كان له دور رائد في العملية التعاقدية • ويرى الأستـاذ دي لوبادير أن هذا الاعتبار يجب ألا ينظر اليه على أنه شرطا ضروريـا. ونحن من جانبنا نرى أن مجلس الدولة الفرنسي لم يتطلب سـوى أن يكون أحد أطراف التعاقد شخصا من أشخاص القانون العام فـي حالة تعدد أطراف العملية التعاقدية بصرف النظر عن دور هذا الطرف أو ذاك في التعاقد من حيث كونه دورا رئيسيا أو ثانويا ، ولذلـك نؤيد ما انتهى اليه رأي الأستاذ " دي لوبادير " •

يراجع في هذا الصدد : مطول الأستاذ " دي لوبادير " ، العقـود الطبعة الثانية ، الجزء الأول ص ١٦٤ •

فان العقد يعتبر مدنيا حتى ولو كان أحد المتعاقدين هيئة أو مؤسسة ذات نفع عام[١]. ولقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن العقود التى تضم شخصين من أشخاص القانون الخاص لا تعتبر ادارية حتى ولو كان أحد الموقعين على العقد مكلفا بمهمة مرفق عام[٢].

أيضا وتطبيقا لذات المبدأ ، لا تعتبر عقودا ادارية ، العقود المبرمة بين ملتزمي المرافق العامة والمقاولين[٣] ، وأيضا تلك المبرمة بين مقاولي الأشغال العامة والمقاولين من الباطن **"Sous-traitants"**[٤] وكذلك العقود المبرمة بين المقاولين والموردين[٥] ، وبين المقاولين والغير[٦]

---

(١) - C.É. 12 Janvier 1951, Bompard, Rec. p. 15.

(٢) - Paris 1re Ch., 7 mai 1986, Assoc. fr. des banques C. Sté FR3, J.C.A., Fasc. 500, 1987, nº. 19 bis: "Les contrats unissant deux personnes de droit privé ne sont pas administratifs, même si l'un des signataires est chargé d'une mission de service public ....".

(٣) قضاء مستقر لمجلس الدولة الفرنسي ومحكمة التنازع الفرنسية : على سبيل المثال:

- C.E. 9 juin 1967, Société des eaux de Marseille, A.J.D.A. 1968, 185, note Laporte; T.C. 17 janvier 1972, S.N.C.F. C/Entreprise Solon, R.D.P. 1972. 465, Concl. Braibant.

(٤) - C.E. 27 fév. 1981, Sté aux. d'entreprise, R.D.P., 1981, p. 1727.

(٥) - C.E. 20 mars 1981, Sté Entr. Auclair, R.D.P., 1981, p. 1727.

(٦) - C.E. 26 sept. 1986, épx. Herbelin, A.J.D.A., 1986, p. 714, observ. J. Moreau.

من أجل تنفيذ أشغال عامة ، وأيا كانت الشروط التي احتوى عليها العقـــد.(١)
ولا يغير من الأمر شيئا أن تتضمن العقود المبرمة بين الأشخاص الخاصـــة عبارات وردت في عقد مبرم بين شخص عام وآخر خاص ، حتى ولو خضعت هـــذه العقود لمراجعة هذا الشخص العام على حد تعبير محكمة التنازع الفرنسيـة.(٢)
وفضلا عن ذلك فان تدخل الادارة في عقد مبرم بين أشخاص القانون الخـــاص دون أن تكون الادارة وكيلة عن أحد أطراف العقد ، لا يحوله الى عقـد اداري حتى ولو استهدفت الادارة من تدخلها تحقيق مصلحة عامة ، وهذا ما أكدتـــه أيضا محكمة التنازع الفرنسية ، حيث قضت بأن العقد المبرم لترميم أثر تاريخي، بين المالك ومهندس معماري متخصص في صيانة الاثار، يعتبر عقدا مدنيـــا على الرغم من أن اختيار المهندس المسئول عن الترميم كان قد فرض على المالـك، بمعرفة الوزير .(٣)

أيضا فان اتباع بعض الاجراءات الادارية كالاقرار والتصديق ، لا يؤثـــر على الطبيعة المدنية للعقد بين الأشخاص الخاصة ، فالعقد بين الأشخـــاص الخاصة المصدق عليه بمعرفة سلطة ادارية يظل عقدا مدنيا .(٤)

---

(١) - C.E. 5 février 1986, Société "Languedoc-Roussillon Paysage"., R.D.P., 1986, Juillet-Août, p. 1720.

(٢) - T.C. 10 janvier 1983, Centre d'action pharmaceutique, R.D.P., 1984, p. 1080.

(٣) - T.C. 28 avril 1980, Prunet, Rec. p. 507; A.J.D.A., 1980, 605 note Moderne; D. 1980. IR. 560, Obs. P. Delvolvé.

(٤) - **A. De Laubadère et autres**, T.C.A., 2e éd., t. 1, Op. Cit., p. 166: "Un contrat entre personnes privées approuvé par une autorité administrative demeure un contrat entre personnes privées".

ونفس الشيء بالنسبة للاحالة الى كراسة الشروط الادارية العامة لعقـــود الاشغال العامة الواردة ببنود العقد الخاص ، طالما أنه ليس بين أطـــــراف التعاقد شخص من اشخاص القانون العام •(١)

والقضاء المصرى مستقر على هذا المبدأ المتمثل في ضرورة وجود شخص عام طرفا في العقد حتى يمكن أن يكون اداريا ، كما هو الشأن في القضــــاء الفرنسى •(٢)

ولكن ما المقصود بالشخص العام الذى يشترط أن يكون طرفا في العقــد حتى يمكن أن يكون اداريا ؟ واذا كان المبدأ العام أن يكون الشخص العـــام أحد أطراف العقد على الأقل ، فهل هذا المبدأ بشكل قاعدة مطلقة ، أم يـــرد عليه بعض الاستثناءات؟ • هذا ما سنتناوله في الفرعيين التاليين •

---

(١) - C.E. 14 novembre 1973, Société du canal de Provence, R.D.P., 1974, p. 1165.

(٢) انظر على سبيل المثال : حكم المحكمة الادارية العليا ـ الدائــــرة الثالثة ـ الصادر بجلســـة ٩ ابريل ١٩٨٥ فى الطعن رقـــم ١١٩٥ لسنة ٢٨ قضائيـــة " غير منشور " حيث استهلت المحكمة حكمها بالصيغة التقليديـــة التى تلتزمها باستمرار فى أحكامها التـــى تتعرض لتعريف العقد الادارى ، وذلك بقولها : " يشترط فـــى العقد الادارى الذى يختص بالفصل فى المنازعات الناشئة عنه القضاء الادارى بمجلس الدولة ، أن تكون جهـــة الادارة طرفا فــــى العقد ... " .

الفـــــرع الأول
المقصود بأشخـــاص القانون العـــــام

" من اشخاص القانون العام مالا شك فى صفته الادارية .. ومن ذلك الاشخاص العامة الاقليمية (الدولة ـ المحافظة ـ المركز ـ المدينة ـ الحى ـ القريـــــة) والاشخاص المصلحية وهى الهيئات العامة" (١) .

وبالاضافة الى الأشخاص العامة التقليدية (الاقليمية والمرفقية) ، أقر القضـاء الادارى الفرنسى والمصرى بالشخصية المعنوية العامة للمنظمات التى تشرف على بعض نواحى النشاط المهنى أو الخاص والتى تتمتع بقدر من امتيازات السلطة العامة من أجل اجراء عملية التنظيم المهنى كالنقابات المهنية المختلفة، مما يمكن أن يطلق عليـــه نظـــام " المرافق العامة المهنية " (٢) ومثال تلك المرافق العامة المهنية : النقابات المهنية المختلفة (٣) والتى تعتبر " من اشخاص القانون العام والقرارات التى تصدرها بهذه الصفة هى قرارات ادارية تنبسط عليها ولاية محاكم مجلس الدولة سواء بالنسبة الـــى طلب الغائها أو التعويض عنها " (٤) . وينتج عن الاعتراف لمثل تلك المنظمـــــات بالشخصية المعنوية العامة، أن تكون العقـود التى تبرمها ، عقودا اداريـــة اذا مـا توافرت باقى الشروط . وهذا هو الاتجاه الذى سبق اليه مجلس الدولة الفرنسى منـــذ

---

(١) انظر الاستاذ الدكتور العميد سليمان الطماوى : الأسس العامة للعقـــــود الادارية ، المرجع السابق ، ص ٥٥ .

(٢) انظر الأستاذ الدكتور بكر القبانى ، القانون الادارى ، المبادىء العامـــــة والتنظيمات الادارية ، دار النهضة العربية ١٩٨٥ ، ص ٣٠١ ومابعدها .

(٣) ومثالها نقابـــــة المحامين ونقابة المهن الهندسية ونقابة المهن الطبيـــــة ونقابة الصحفيين .. ولقد أنشئت كل منها بقانون حدد أغراضها وسلطاتها وتمويلها وتحديد المجالس التى تقوم على ادارتها .

(٤) حكم المحكمة الادارية العليا بتاريخ ١٩٨٢/١١/٦ ، طعن رقم ١٢٥٨ لسنة ٢٦ قضائية ، مجموعة السنة ٢٨ ص ٥٤ .
وأيضا حكمها بجلسة ١٩٨٣/٦/١١ ، طعن رقم ١٥١٣ لسنـــــة ٢٧ قضائية ، مجموعة السنة ٢٨ ص ٧٩٠ .
" .. وقد جرى قضاء هذه المحكمة على أن نقابة الاطباء هى من أشخاص القانون العام ... " .

عام ١٩٤٣ بحكمه في قضية "Bougven" (١)، والذى اعتبر فيـــه هيئة الاطباء "Ordre des médecins" من أشخاص القانون العـام على اعتبار أنها أحد التنظيمات المهنية "Les ordres professionnels" التى تسير مرفقا عاما • وهذه التنظيمات ليست جهازا اداريا تابعا للدولة ولا يمكـن تصنيفها ضمن المؤسسات العامة ولها شخصيتها القانونية المستقلة• (٢)

وفضلا عن ذلك فانه يوجد فى فرنسا أشخاص معنوية عامة أخرى بالاضافـة للاشخاص المعنوية العامة الاقليمية والمصلحية وأيضا التنظيمات المهنية ، ويمكـن ردها الى فئتين :ـ

أ ـ المنظمات غير المسماة "Les organismes innommés"

ذلك أن المشرع قد يتدخل فى بعض الاحيان لخلق منظمات عامة ويمنحهـا الشخصية المعنوية دون أن ينعتها بوصف المؤسسة العامة ، ومثال ذلك وكالـة فرنسا للطباعة (ق ١٠ يناير ١٩٥٧) ووكالة الطاقة الذرية (المرسوم الصـادر فى ١٠ أكتوبر ١٩٤٥) . وبصفة عامة فان هذه المنظمات تبدو شديدة الشبـه

---

(١) - C.E. 2 avril 1943, Bougven, S. 1944, p. 1, Concl, Lagrange, note Mestre.

(٢) - A. De Laubadère, J.C. Venezia, Y. Gaudemet, T.D.A., 10eéd.t. 1, Op. Cit., p. 233 et p. 477.

وانظر فى نفس المعنى :

الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى : الوجيز فى القانون الادارى، ١٩٨٤ مطبعة جامعة عين شمس ص ٤٢ ، ص ٣٠٥: حيث لا يؤيد الأستـاذ العميد الطماوى اعتبار النقابـــات المهنية ، طائفة جديدة من الاشخاص المعنوية العامة تقف بجوار الأشخاص المعنوية الاقليمية والمؤسسـات العامة ، وانما يعتبرهـا نوعا جديدا من الهيئات العامة مستندا فـى ذلك الى تطور فكرة المؤسسة العامة واتساع صور نشاطها على نحـو لم يكن مألوفا من قبل •

من عدة نواحي بالمؤسسات العامة سواء من حيث تنظيمها أو من حيث وظيفتها غير المنصوص عليها في النص التشريعي (١) . ومجلس الدولة الفرنسي لم يتردد في وصف وكالة الطاقة الذرية الفرنسية بالمؤسسة العامة . (٢)

ب ـ الجماعات التي تستهدف النفع العام :

"Les groupements d'intérêt public"

وتعتبر من أحدث الأشخاص المعنوية العامة التي اعترف لها المشرع الفرنسي بهذه الصفة ، وذلك بالقانون الصادر في ١٥ يوليو ١٩٨٢ والمتعلق بتوجيه وتنظيم البحث العلمي (٣) . وهذه المجموعات تتكون من بين المؤسسات العامة التي لها نشاط بحثي، وقد تتكون من مؤسسة عامة من هذا النموذج وواحد أو أكثر من الأشخاص المعنوية العامة أو الخاصة ، وذلك لممارسة نشاط في البحث العلمي أو ادارة أجهزة تسمح بممارسة مثل هذا النشاط . ويصدر بانشائها قرار وزاري ، وتخضع لبعض اوجه الوصاية الادارية (٤) .

ومنذ صدور قانون توجيه وتنظيم البحث العلمي في عام ١٩٨٢ ، ورد ذكر هذه الطائفة الجديدة من الأشخاص المعنوية العامة في العديد من

---

(١) - A. De Laubadère, J.C. Venezia, Y. Gaudemet, T.D.A., 10e éd., t. 1, Op. Cit., p. 234.

(٢) - C.E. 13 janvier 1960, Laurent, Rec. p. 32.

(٣) - D. Lamethe, "Les G.I.P.", C.J.E.G., 1984, p. 169.

(٤) - F. Rohmer-Benoit, "Les G.I.P."., A.J.D.A., 1986, p. 663.

التشريعات المختلفة ، منها على سبيل المثال : قانون ٢٦ يناير ١٩٨٤ الخاص بالتعليم العالي [١] ، وقانون ١٦ يوليو ١٩٨٤ الخاص بالتربية البدنية والرياضية ، وقانون ٢٢ يونية ١٩٨٧ الخاص بمرفق السجون ، وأخيرا القانون الصادر في ٢٣ يوليو ١٩٨٧ والمتعلق برعاية الآداب والفنون . هذه النصوص المختلفة التي تعرضت لهذه الطائفة الجديدة من أشخاص القانون العام ، هي التي دعت البعض الى المطالبة بضرورة وضع قانون عام موحد يضمها ويوضح أحكامها [٢] . وعلى ذلك فانه اذا أمكن القول بأن هذه المجموعات تشكل طائفة جديدة من الأشخاص المعنوية العامة [٣] ، فانه يترتب على ذلك وتطبيقا للمبدأ العام في هذا الصدد أن تكون العقود التي تبرمها ، عقودا ادارية اذا ما استوفت باقي الشروط .

---

(١) ولقد قررت المادة ٤٥ من ذلك القانون صراحة ، أن هذه المجموعات من الأشخاص المعنوية العامة وتتمتع بالاستقلال الاداري والمالي:

"…. personnes morales de droit public dotées de l'autonomie administrative et financière".

(٢) - Y.L. Gegout, "Necessité d'une loi générale sur les G.I.P.", Les petites affiches, 11-25 janvier 1988, p. 2.

(٣) - Avis du C.E. du 15 oct. 1985, E.D.C.E., 1986, p. 189.

حيث أكد المجلس صراحة أن هذه المجموعات تشكل طائفة جديدة من الأشخاص المعنوية للقانون العام :

"Les groupements d'intérêt public constituent une nouvelle catégorie de personnes morales de droit public".

وفي مصر ، اعترفت محكمة القضاء الاداري بالشخصية المعنوية العامة لبعض الطوائف والجماعات الدينية والتي تتمتع بقدر من السلطة العامة وتكتسب العقود التي تبرمها الطبيعة الادارية اذا توافرت باقي الشروط .

ومن هذه الجماعات : بطركخانة الأقباط الأرثوذكس [١] والمجلس الصوفي الأعلى [٢] . وسارت المحكمة الادارية العليا في ذات الاتجاه واعتبرت الكنائس الانجيلية المعترف بها ومن بينها كنائس نهضة القداسة من " أشخاص القانون العام المنوط بها ادارة مرفق عام من مرافق الدولة مستعينة في ذلك بقسط من اختصاصات السلطة العامة " . [٣]

ولقد ثار الجدل في الفقه المصري عن طبيعة الشخصية القانونية للمشروعات الاقتصادية العامة وبصفة خاصة في أعقاب صدور قوانين يوليو الاشتراكية سنة ١٩٦١ ومن بينها القوانين ١١٧ ، ١١٨ ، ١١٩ لسنة ١٩٦١ التي واكبت توسيع قاعدة القطاع العام باعتباره ضرورة قومية لتوجيه الاقتصاد الوطني، وتحقيقا لخطة التنمية التي كانت قد بلغت في ذلك الوقت حدا من العمق والشمول بما تتطلبه من حشد للقوى الفنية والامكانيات المادية اللازمة لها . [٤] وقد سلك المشرع المصري في ادارة المشروعات الاقتصادية المؤممة أحد طريقين :

---

(١) حكم محكمة القضاء الاداري الصادر في ١٩٥٤/٤/٦ ـ المجموعة ، السنة الثامنة ص ١١٧١ .

(٢) حكم محكمة القضاء الاداري الصادر في ١٩٥٤/١١/١٧ ـ المجموعة ، السنة التاسعة ص ٣١ .

(٣) حكم المحكمة الادارية العليا الصادر في ١٩٨٠/١٢/٢٠ في الطعن رقم ١١٩٠ لسنة ٢٠ قضائية ، مجموعة المبادىء القانونية التي قررتها المحكمة الادارية العليا من أول أكتوبر ٨٠ الى آخر فبراير ١٩٨١ ، ص ١٧٥ .

(٤) الأستاذ المستشار شفيق حسن زكي : مقاله المنشور في مجلة ادارة قضايا الحكومة ، العدد الرابع ، السنة الخامسة عشر أكتوبر ـ ديسمبر ١٩٧١ ، بعنوان " المؤسسات العامة ، عرض وتقييم لتطور نظامها وبيان شامل للمؤسسات القائمة ".

أ ـ الاعتراف بالشخصية المعنوية العامة صراحة لبعض تلك المشروعات بموجب قانون المؤسسات العامة رقم ٦٠ لسنة ١٩٦٣ والذى ألغى بمقتضى القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٦ . وهذه المؤسسات تمارس نشاطا صناعيا أو تجاريا أو زراعيا أو ماليا أو تعاونيا ، وتعتبر عقودها عقودا ادارية اذا توفر فى شأنها بقية الشروط[1] . وظلت هذه المؤسسات تتمتع بالشخصية المعنوية العامة فى ظل القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ المنظم للمؤسسات العامة وشركات القطاع العام ، والقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٧٥ الصادر بشأن بعض الأحكام الخاصة بشركات القطاع العام، واخيرا بموجب القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ الخاص بهيئات القطاع العام والوحدات الاقتصادية التابعة له .

ب ـ الطريق الآخر الذى سلكه المشرع ، أن تظل المنشآت المؤممة ـ مع تملك الدولة لها ـ محتفظة بشكلها القانونى كشركات تجارية من اشخاص القانون الخاص، بحيث تخضع لأحكام القانون الخاص فى كل مايتعلق بشخصيتها الاعتبارية ومزاولة نشاطها . وذلك بالطبع فيما عدا الأحكام التى يستثنيها المشرع صراحة أو التى لا تتفق وتملك الدولة لجميع أسهم المشروع . وهذا هو المستفاد من التشريعات الخاصة بانشاء وتنظيم شركات القطاع العام التى أوجبت على هذه الشركات أن تتخذ شكل الشركات المساهمة فى جميع الأحوال، ولو كان كل رأس مالها مملوكا لشخص عام . فالمشرع قد أفصح عن ارادته فى الابتعاد بهذه الشركات عن دائرة القانون العام عندما قرر فى قوانين التأميم الاحتفاظ بشكلها القانونى الذى كانت عليه عند التأميم (المادة الرابعة من القانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٦١) .

---

(١) الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى ، الأسس العامة للعقود الادارية ، المرجع السابق ص ٥٦ ومابعدها .

ونظرا لأن شركات القطاع العام والجمعيات التابعة للمؤسسات العامة، تعتبر وحدات اقتصادية تقوم على تنفيذ بعض المشروعات الاقتصادية وفقا لخطة التنمية التي تضعها الدولة ، فلقد احتدم الجدل في الفقه حول الطبيعة القانونية لهذه الشركات . وذهب جانب من الفقهاء الى أن هذه المشروعات (الشركات العامة والجمعيات التابعة للمؤسسات العامة) ماهي الا أشخاص ادارية عامة تخضع للقانون العام ، ويترتب على اعتبارها من أشخاص القانون العام أن تعتبر العقود التي تبرمها عقودا ادارية مع توافر الشروط الاخرى • (١)

---

(١) الدكتور محمد فؤاد مهنا : القانون الادارى العربي، ١٩٦٣ ص ١٩٤ •
وأيضا : مقالة عن " المشروع العام وطبيعته القانونية" ، مجلة العلوم الادارية سنة ١٩٧١ ، العدد الأول ، ص ٧ ومابعدها •
وانظر في نفس المعنى :
الدكتورة عزيزة الشريف : دراسات في نظرية العقد الادارى ، المرجع السابق ، ص ٤٦ ومابعدها •
حيث ترى أن " المشروعات العامة الاقتصادية من أشخاص القانون العام ...وأنه لا يمكن أن نتجاهل دور التأميم وأثره في تغيير الطبيعة القانونية للمشروع المؤمم من شخص قانوني خاص الى شخص يكتسب الشخصية المعنوية العامة بحكم تبعيته للدولة وارتباطه بها " •
وأيضا رسالتها بعنوان " نظرية التأميم وتجربته في مصر " ١٩٧٦، ص ٢١٥ ومابعدها •
الأستاذ المستشار بدوى حمودة : مقاله بعنوان :"المؤسسات العامة في الجمهورية العربية المتحدة " ـ مجلة الادارة سنة ١٩٦٩ العدد الرابع ص ٤٥ •
الدكتور مصطفى كمال وصفي : مقاله عن " التكييف القانوني للمشروعات العامة " ، مجلة العلوم الادارية سنة ١٩٦٧ ، العدد الثالث ص ١٤٥ ، ص ١٤٩ •

الا أن الرأى السائد فقها وقضاء ــ وهو ما نؤيده ــ أن شركات القطاع العام والجمعيات التابعة للمؤسسات العامة ، من أشخاص القانون الخاص التى تمارس نشاطها فى نطاق هذا القانون ، وبهذه المثابة فهى لا تعتبر أجهزة حكومية أو هيئات عامة وانما هى شركات تجارية من أشخاص القانون الخاص ، ومن ثم فان العقود التى تبرمها هذه الشركات لا تعتبر عقودا ادارية ، وانما من عقود القانون الخاص التى ناط القانون للقضاء العادى الولاية العامة فى الفصل فى منازعاتها (١) ، ولا أدل على ذلك من أن المشرع لو كان يقصد الى اسباغ وصف

---

(١) راجع على سبيل المثال :

الأستاذ الدكتور العميد سليمان الطماوى ، العقود ، المرجع السابق ص ٥٧ ، ٥٨ .

د٠ محمود حلمى ، العقد الادارى ، ط٢ ، ١٩٧٧ ، دار الفكر العربى ، ص ١٩ ــ ويراجع أيضا : مقاله " النظام القانونى للقطاعين العام والخاص فى المجتمع الاشتراكى " ، مجلة العلوم الادارية ، السنة السابعة ــ العدد الأول ، سنة ١٩٦٥ ، ص ٥٩ ٠

الاستاذ الدكتور بكر القبانى ، القانون الادارى ــ المبادىء العامة والتنظيمات الادارية ، المرجع السابق ص ٣٠١ ٠

د٠ اكثم الخولى : مقاله المنشور بمجلة ادارة قضايا الحكومة العدد الثالث لسنة ١٩٦٠ ، ص ٤ بعنوان : " أثر الطبيعة العامة للمشروع العام على صفته التجارية " ٠

وانظر من أحكام القضاء :

حكم المحكمة الادارية العليا فى الطعن رقم ١٤٩٣ لسنة ٢٦ قضائية جلسة ١٩٨٢/١١/١٣ ، مجموعة السنة ٢٨ ص ٧٢ ٠

وحكمها فى الطعن رقم ٤٣٢ بتاريخ ١٩٧٩/١/٢٧ لسنة ٢٤ قضائية المجموعة فى خمسة عشر عاما (٦٥ ــ ٨٠) ص ١٤٤٥ ؛

وفى هذا الحكم رتبت المحكمة الادارية العليا على كون شركات القطاع العام من اشخاص القانون الخاص أن عمال هذه الشركات لا يعتبرون من الموظفين العموميين الذين تختص محكمة القضاء الادارى او المحاكم الادارية بالفصل فى منازعاتهم ٠

وحكمها فى الطعن رقم ٧٨٠ بتاريخ ١٩٧٩/٢/١٧ لسنة ٢٤ قضائية .

المؤسسات العامة عليها ، لنص على ذلك ، وخاصة أن الاراء المعارضة كانت معروضة عند صدور القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٦ ، ولو شاء المشرع الأخذ بها لجاءت نصوص القانون قاطعة في ذلك . الا أن التفسير الصحيح أن المشرع يتحدث دائما عنها في نصوص القانون على أنها شركات ويتطلب أن تتخذ شكل الشركات المساهمة . (١) (المادة ١٧ من القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ المقابلة للمادة ٣٣ من القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٦ الملغى) .

كما أن قضاء المحكمة الدستورية العليا قد جرى بأن هذه الشركات من أشخاص القانون الخاص . (٢)

= المجموعة في خمسة عشر عاما ٦٥ ــ ٨٠ ، ص ١٤٤٧ : والذى أكدت فيه المحكمة الادارية العليا ذات المبدأ وطبقته بالنسبة لشركة " المقاولون العرب " باعتبارها ــ شأن كل شركات القطاع العام ــ شخصا من أشخاص القانون الخاص .
وحكمها في الطعن ٨٥٦ بتاريخ ١٩٧٦/١/٣١ لسنة ٢١ قضائية ذات المجموعة ص ١٤٥١ .

(١) المستشار شفيق حسن زكى ، المرجع السابق ، ص ٨٦٦ .

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ١٩٨٠/٢/١٦ في القضية رقم ١١ لسنة ١ ق (تنازع) ، مجموعة احكام وقرارات المحكمة الدستورية العليا الصادرة حتى ٣٠ يونية ١٩٨١ ، الجزء الاول ص ٢٦٢ .
وأيضا : حكمها في ١٩٨١/٤/٤ ، في القضية رقم ٢٣ لسنة ١ ق (تنازع) ــ ذات المجموعة ، الجزء الاول ص ٣٠٣ .

الفرع الثانـــــــــي

استثناءات المعيـــــار العضــــوى

ان ضرورة وجود أحد الاشخاص العامة ـ على الاقل ـ كأحد أطراف العقـــد حتي يمكن أن يكتسب الطابع الاداري ـ شأنه كشأن كافة المبادىء القانونية ـ يتضمن بعض الاستثناءات ، البعض منها تعتبر استثناءات ظاهرية، والبعض الاخر تشكـــل استثناءات حقيقية من المبدأ العام الذى يشكل المعيار العضوى لتميز العقـــــد الادارى .

اولا : الاستثناء الظاهرى: تطبيق نظرية الوكالة

لكي يوجد عقد اداري ، يجب أن يكون أحد أطرافه على الأقل شخصا مـــن اشخاص القانون العام تطبيقا للمبدأ العام الذى يمكن أن يطلق عليه ، المعيـــار العضوى للعقد الادارى . ولكن عندما يتعاقد شخص خاص باعتباره وكيلا عـــن الشخص العام ، بالتطبيق للقواعدالمنظمة للوكالة ، فان الشخص العام الموكل هو الذى يعتبر طرفا في العقد وليس الشخص الخاص الوكيل (١) . وعلى ذلك فان مثل هذا العقد يتمشي مع المعيار العضوى للعقد الادارى ، ولهذا فان القضاء قد استنـــد صراحة لفكرة الوكالة للاعتراف بالطبيعة الادارية للعقد المبرم بين شخصين مـــن أشخاص القانون الخاص (٢) . وهذا ليس استثناء حقيقيا بل مجرد تطبيق للقواعد

---

(١) - Y. Brard, "Le mandat comme fondement des contrats administratifs entre personnes privées", J.C.P., 1981. I. 3032: "... par application des règles régissant le mandat, c'est la personne publique mandante (représentée) qui est partie au contrat, et non le mandataire privé (representant)".

(٢) - C.E. 27 mai 1957, Artaud, Rec. p. 350; C.E. 14 octobre 1966, Ville de Montdidier, Re. p. 539.

العامة(١) . وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن " الأصل هو قيام المتعاقد نفسه بالتعبير عن ارادته في ابرام التصرف الا أنه يجوز أن يتم بطريق النيابة بأن يقوم شخص نيابة عن الأصيل بابرام التصرف باسم هذا الأخير ولحسابه بحيث تنصرف آثاره اليه . وهذه النيابة تقوم أساسا باتفاق ارادة طرفيها على أن يحل أحدهما – وهو النائب – محل الاخر – وهو الأصيل – في اجراء العمل القانوني الذي يتم لحسابه ، وتقتضي تلك النيابة الاتفاقية ممثلة في عقد الوكالة ، تلاقي ارادة طرفيها – الأصيل والنائب – على عناصر الوكالة وحدودها ، وهو مايجوز التعبير عنه صراحة أو ضمنا بما من شأنه أن يصبح الوكيل فيما يجريه من عمل مع الغير نائبا عن الموكل وتنصرف آثارها اليه ، وتخضع العلاقة بين الموكل والوكيل في هذا الصدد من حيث مداها وآثارها لأحكام الاتفاق المبرم بينهما وهو عقد الوكالة "(٢) . وتطبيقاً لتلك القاعدة العامة ، قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن العقد المبرم بين اتحاد اعادة البناء واحد المقاولين ، لاعادة بناء كنيسة احدى القرى – التي كانت عضوا بهذا الاتحاد – يعتبر عقدا اداريا(٣).

---

(١) - **Ph. Godfrin**, "Droit administratif-des biens"., 2e éd., 1983, p. 162.

(٢) حكم محكمة النقض المصرية في ١٩٧٩/١٢/٢٩ ، في الطعن رقم ٨٧٨ لسنة ٤٦ ق .

(٣) - C.E. 2 juin 1961, Leduc, Rec. p. 365; A.J.D.A., 1961 345, Concl. Braibant: "Cooperative immobiliere agissant pour le reconstruction d'un edifice religieux au nom et pour le compte d'une commune".

وأيضا فان عقد استغلال الشاطىء الذى أبرمته احدى النقابات باسم المدينة مع أحد أشخاص القانون الخاص ــ السيد Prade - يعتبر عقدا اداريـــــا (١) . فمجلس الدولة الفرنسي قد استند الى أن أحد الأطراف قد تعاقد باسم ولحساب الشخص العام وبصفته وكيلا عن ذلك الشخص العام "au nom , pour le compte et en qualité de mandataire"

وأحيانا يستخدم المجلس تعبير :

"par mandat et pour le compte d'une personne publique".

ويشير الأستاذ "ايف برارد" الى أن المجلس قد استخدم تعبير "au nom de" منفردا في بعض الأحكام ويرى أن تلك الصيغة ليست مبهمة لانها تتضمن فكـــرة الانابة القانونية ايضا (٢) .

وفي أحكام أخرى اعتمد المجلس صراحة على تخلف وجود الوكالة لكي يرفض اعتبار العقد المبرم بين شخصين من اشخاص القانون الخاص عقدا اداريا (٣) .

---

(١) - C.E. 18 décembre 1936, Prade, Rec. p. 1124; S, 1938, 3, 59, note Albert.

(٢) - Y. Brard, J.C.P., 1981, 1, Op. Cit., p. 26.

(٣) - C.E. 20 decembre 1961, Sté de l'autoroute de l'Estérel, Rec. p. 724; 9 juin 1967, sté des eaux de Marseille, Rec. p. 241; 10 novembre 1972, Sté des grands travaux alpins, A.J.D.A., 1973, II, 47, 2e espèce, note Moderne; 24 avril 1974, Sté des entr. Compenon Bernard, Rec. p. 1050.

ويرى الأستاذ " دى لوبادير " أن صفة الوكيل عن الشخص العام لا يشترط بالضرورة أن تتم بناء على اتفاق ارادى بين الشخص العام ومن يوكله فى التعاقد ، وانما من الممكن فى بعض الحالات الاستثنائية ان تمنح هذه الصفة باجراء منفرد من جانب الادارة ، ويمكن أن تستشف من ظروف الحال التي يترك تقديرها لقاضى الموضوع (١) ، وهو ماطبقه مجلس الدولة الفرنسى فى النزاع المعروف باسم " شركة بروسيت " (٢) .

كما أن مجلس الدولة الفرنسى قد استند الى فكرة" الوكالة الضمنية" المستمدة من الوقائع القانونية التى تضمنتها لكى يضفى على العقد الطابع الادارى ، على اعتبار أن الشخص الخاص " لم يتصرف لحسابه الخاص وانما لحساب الدولة " (٣) .

ونحن من جانبنا نرى أن اعتبار العقود المبرمة بين أشخاص القانون الخاص عقودا ادارية بالتطبيق لفكرة الوكالة ، ليس الا استثناء ظاهريا من القاعدة العامة ، وأن العبرة هى بتحقق وجود الوكالة فى حد ذاتها بصرف النظر عن الشكل القانونى الذى تتخذه ، وسواء أكانت الوكالة صريحة "le mandat explicite" أو ضمنية "le mandat tacite" (٤) مستمدة من الموقف القانونى

---

(١) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 1, Op. Cit., p. 170.

(٢) - C.E. 30 janvier 1931, Société Brossette, Rec. p. 123.

(٣) - C.E. 22 juillet 1977, Société, "Nord Océan Poirsos et compagnie"., Rec. p. 347: "La société n'a pas agi pour son compte mais pour celui de l'État".

(٤) ويؤكد استاذنا الدكتور العميد سليمان الطماوى على ضرورة احترام القواعد المدنية الخاصة بالوكالة فى هذه الحالة والواردة فى المادة (١٠٥) من القانون المدنى والمقابلة للمادة (١٩٨٤) من التقنين المدنى الفرنسى: يراجع فى هذا الصدد مؤلفه السابق الاشارة اليه ،العقود ، ص ٦٥ . وايضا : حكم محكمة القضاء الادارى الصادر فى ٢٤ ابريل سنة ١٩٥٦ ، المجموعة ، السنة العاشرة ،رقم ٣١٨ ، ص ٣٠٧ : ويتعلق باضفاء الطبيعة الادارية على العقد الذى ابرمته لجنة كلفتها وزارة التموين .

وظروف الحال ، وطبيعة العلاقة بين الشخص الخاص المتعاقد والشخـــــــص العام .(١)

ثانيا : الاستثناء الحقيقي : عقود الأشغال العامة التي تبرمهـــــا أشخاص خاصة لحســــاب شخص عــــام (٢)

اذا كان الاستناد الى فكرة الوكالة عن الشخص العام لصبغ العقد بالطابـــع الاداري يمثل استثناء ظاهريا من المبدأ العام ، فان القضاء الاداري الفرنســـي تحت تأثير الاعتبارات العملية وبعيدا عن فكرة الوكالة ، أقر استثناء حقيقيــــا بالنسبة للعقود التي تبرمها الأشخاص الخاصة لحساب شخص عام وذلك فــــي اتجاهين متشابهين وان كان كل منها يستند على أساس قانوني مختلــف عـــن الآخر .(٣)

= بتوزيـــع الشاي وتنظيم تداوله وفقـــا لقواعد محددة وضعتها الـــوزارة على اعتبار أن اللجنـــة مكلفـــة بالقيام بخدمة عامة .

(١) - J.F. Lachaume, G.D.J.A., Op. Cit., p. 267: "Le mandat résultant: soit d'une investiture expresse du mandataire, soit de la situation juridique que les textes font à la personne privée par rapport à la personne publique".

(٢) - "Les marchés de travaux publics conclus par des personnes privées pour le compte d'une personne publique".

(٣) - J. Dufau, "Le droit des travaux publics"., éditions du Moniteur, 1984, p. 105.

أ ـ العقود المبرمة من قبل شركات الاقتصاد المختلط في مجال انشاء طـــرق السيارات والمشروعات المشابهة . (١)

هذه العقود تمثل استثناء حقيقيا ، حيث اعتبرت محكمة التنازع الفرنسية أن العقد الذي أبرمته منشأة "Peyrot" مع احدى شركات الاقتصـــاد المختلط الملتزمة بأشغال عامة ، لمعاونتها في بناء طرق السيارات عقد اشغـــال عامة (٢) ، أي عقدا اداريا على اعتبار أن الشركـــة قد تصرفت لحساب الدولـــة ،

---

(١) - "Les marchés passés par les sociétés d'économie mixte chargées de la construction d'autoroutes et d'ouvrages similaires".

(٢) - T.C. 8 juillet 1963, Sté Entreprise Peyrot C. Sté de l'autoroute Estérel-Côte d'AZur, Rec. p. 787; D. 1963. 534, Concl. Lasry, note Josse; G.A.J.A., 7e éd., p. 525; Gaz. Pal. 1964. 2. 58, note Blaevoet.

وقد جاء بهذا الحكم الشهير :

" ان بناء الطرق العمومية له صفة الأشغال العامة ، وينتمي بطبيعتـه الى الدولة ، وهو ينفذ تقليديا عن طريق الاستغلال المباشر ، ومن ثـم فان العقود التي تبرم بواسطة رب العمل في هذا الخصوص تخضع لقواعـد القانون العام ، ومن حيث ان الأمر يجب أن يكون بنفس هذا الوضـــع بالنسبة للعقود التي يبرمها رب العمل لبناء طرق السيارات ، بالأوضـاع المنصوص عليها في ق ١٨ ابريل سنة ١٩٥٥ الخاص بوضع نظام لطـرق السيارات ، دون أن يكون هناك مايدعو للتمييز بين ما اذا كان التنفيـذ قد تم بطريقة عادية مباشرة بواسطة الدولة أو انه تم بطريقة استثنائيـــة بواسطة ملتزم يتصرف لحساب الدولة في مثل هذه الحالة ، وسواء أكان هذا الملتزم شخصا معنويا من اشخاص القانون العام أو شركة اقتصـــاد مختلط ، وعلى الرغم من صفة الشخص الخاص التي تتصف بها هـــذه الشركة ، وأيا كانت الوسائل المتبعة في انشاء طرق السيارات ، فـــان العقود المبرمة مع المقاولين بواسطة الادارة أو بواسطة الملتزم ، تكـــون لها طبيعة عقود الاشغال العامة ."

"pour le compte de l'État" وذلك على الرغم من كون شركات الاقتصاد المختلط تعتبر من اشخاص القانون الخاص . وقد ذهبت الغالبية العظمى من الفقهاء في فرنسا الى أن عبارة " لحساب الدولة " التي وردت في الحكم لا تعني فكرة الوكالة (١) ، وان كان مفوض الحكومة " لازري " قد أحال لهذه الفكرة في تقريره في هذه الدعوى (٢) ، الا أن محكمة التنازع الفرنسية لم تأخذ برأي المفوض ، واعتمدت في قضائها على موضوع العقد وطبيعة النشاط الذي قدرت المحكمة أنه يتصل بتنفيذ مهمة تنتمي بطبيعتها الى الدولة (٣) .

ويرى الأستاذ " برارد " أن تعبير " لحساب الدولة " يطبق على الاشغال موضوع العقد وليس العقد في حد ذاته ، وان الحكم لم يذكر أن شركة الالتزام قد تعاقدت لحساب الدولة، كما أن الصيغة التي استخدمتها محكمة

---

(١) في هذا المعنى :

- **J.M. Auby**, note in J.C.P. 1963, II, 13375 et note in J.C.P. 1965, II, 14357; note Blaevoet in D. 1965, 712; G.A.J.A., 7e éd., p. 529; **B. Touret**, "Le regime juridique des concessions d'autoroutes": A.J.D.A., 1972, 1, 379; note **Moderne**, in A.J.D.A., 1973, II, 51.

(٢) بين مفوض الحكومة **"Lazry"** في تقريره أن القانون الصادر في ١٨ ابريل ١٩٥٥ الخاص بوضع تنظيم لطرق السيارات ، قد قصد أن يضع شركات الاقتصاد المختلط في مركز فعلي وقانوني مماثل لمركز الوكيل :

"La volonté du legislateur a été de placer la société d'économie mixte dans une situation de droit et de fait assimilable à celle d'un mandataire".

(٣) انظر:

- **M. Long, P. Weil, G. Braibant**, G.A.J.A., 7e éd., 1978, p. 529.

النزاع لا تتضمن أية اشارة لانابة قانونية عن الدولة بمعرفة الملتزم، وأن المحكمة اعتمدت على طبيعة وأهمية الاشغال موضوع العقد ولم تشأ أن يطبق على هـــذه الاشغال الكبرى التي تنتمي بطبيعتها للدولة قواعد مغايرة لتلك المطبقة على عقــود الاشغال العامة (١) . وعلى أية حال فان ماجاء به قضاء " بيروت " ظــــل استثناء محدودا في نطاق العقود المبرمة من أجل انشاء الطرق العامة والمشروعات المشابهة كانشاء الانفاق الأرضية والكبارى العلوية (٢) . أما العقود التي تبرمها

(١) - Y. **Brard**, Article précité, J.C.P., 1981, Doc., 3032.

وأيضا في ذات المعنى :

- **G. Vedel et P. Delvolvé**, "Droit administratif", P.U.F., Thémis, 9e éd., 1984, p. 346.
- **J. Dufau**, "Marché de travaux publics", J.C.A., Fasc. 520, 1985, nº. 120: "Le Tribunal des conflits ne s'est nullement référé à la notion de mandat; c'est tout simplement parce que la société était intervenue dans un domaine réservé à l'État que les travaux realisés par elle ont été imputés a l'État".

(٢) انظر فيما يتعلق بعقود انشاء الانفاق الأرضية ، حكم محكمة استئنـاف باريس الصادر في ٢/١٢/١٩٦٤ في قضية الشركة الفرنسية لبنـــاء واستغلال نفق مون بلان:

- C.A. Paris 2 décembre 1964, Sté concessionnaire française pour la construction et l'exploitation du tunnel sous le Mont-Blanc, D. 1965, p. 712.

وقد أيد مجلس الدولة الفرنسي ما انتهت اليه محكمة استئناف باريس فـي هذا الحكم :

- C.E. 24 avril 1968, Sté française pour la construction et l'exploitation du tunnel sous le Mont-Blanc, Rec. p. 255; A.J.D.A., 1968, p. 479.

وأيضا فيما يتعلق بعقود انشاء الكبارى العلوية ، حكم محكمة استئناف باريس الصادر في ١٥/١/١٩٨٢ المتعلق بعقد انشاء أحد الكبـارى العلوية لتسهيل عبور المشاه للطريق (ب ــ ٦) بين المركـــــز التجارى لمنطقة **"Rungis"** ومختلف الطرق العامة والفرعيـــــة =

شركات الاقتصاد المختلط المتنوعة والمكلفة بأشغال بعيدة عن مجال الطرق العامة والمشروعات المشابهة ، فان محكمة التنازع الفرنسية ومجلس الدولة الفرنسي قد جرى قضائهما على اعتبارها عقودا مدنية (١) ، وهو ما اتجهت اليه أيضا أحكام محكمة النقض الفرنسية (٢) . وان كان بعض الفقهاء في فرنسا يشير الى حكم لمحكمة التنازع الفرنسية بتاريخ ١٥ يناير ١٩٧٩ (٣) ، سمح ضمنيا بامكانية اعتبار العقود المبرمة بمعرفة شركات الاقتصاد المختلط الملتزمة بانشاء الطرق مع الافراد ، عقودا ادارية حتى ولو كانت لا تنصب على أشغال الطرق العامة في حد ذاتها (٤) .

= للمركز التجارى :

- Paris 5e Ch. 15 janvier 1982, J.C.P., 1982, II, 19880.

(١) - T.C. 17 janvier 1972, S.N.C.F. c. Entreprise Solon, Rec. p. 944;

مع ملاحظة أن الشركة الوطنية للسكك الحديدية الفرنسية أصبحت منذ أول يناير ١٩٨٣ مؤسسة عامة صناعية وتجارية.

- C.E. 14 novembre 1978, Sté du Canal de Provence, Rec. p. 1030.

وانظر كذلك الأحكام العديدة التى أوردها الأستاذ " جان دوفو " :

- **J. Dufau**, Le droit des travaux publics, éd. du Moniteur, Op. Cit., p. 102.

(٢) - Cass. 2 février 1972, Sté Immoblière de Saint-Gratien, A.J.D.A., 1973, 47, note F. Moderne.

(٣) - T.C. 15 janvier 1979, Payan, Rec. p. 793; D. 1979, I.R. p. 262, Obs. Delvolvé.

(٤) - **A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé**, T.C.A., 2e éd., t. 1, Op. Cit., p. 263: "... même s'ils ne portent pas sur les travaux autoroutiers eux-mêmes".

ونرى أن هذا الحكم يخالف الاتجاه الذى سار عليه القضاء الفرنسى بعد حكم شركة " بيروت " ، ذلك الاتجاه الذى يضيق نطاق تطبيق الحل الذى جاء به هذا الحكم الأخير ، وحصره في مجال أشغال الطرق والمشروعات المشابهة ، استنادا الى طبيعة هذه الأشغال والاعتبارات العملية التى أملت على محكمة التنازع الفرنسية هذا الحل .

واذا كان قضاء " بيروت " قد أثار كثيرا من الجدل والتساؤلات حول مداه ونطاقه والأساس الذى بنى عليه ، فان حكم محكمة التنازع الفرنسية، الصادر في ١٢ نوفمبر سنة ١٩٨٤ فى قضية شركة اقتصاد مختلط لنفق " سانت ــ مارى " ضد شركة " تونيكس " (١) ، قد أكد بصورة قاطعة ماجاء بحكم شركة " بيروت " بل وبنى على ذات الاعتبارات التى اعتمدت عليها محكمة التنازع فى قضائها عام ١٩٦٣ .

---

(١) - T.C. 12 novembre 1984, SEM du tunnel de Sainte-Marie-aux-Mines c/Sté anonyme Tunnex, Rec. p. 533; Dr. Adm. 1985, n°. 71; A.J.D.A., 1985, II, p. 156, Concl. Genevois.

وقد جاء بهذا الحكم :

" من حيث أن بناء الطرق العمومية له طابع الأشغال العامة وينتمى بطبيعته الى الدولة ...وتخضع العقود المبرمة بواسطة رب العمل بشأن تنفيذها لقواعد القانون العام ، وبالتالى يجب أن يكون الأمر بنفس هذا الوضع بالنسبة للعقد موضوع النزاع والمبرم بين الملتزم ، الذى يتصرف فى هذه الحالة لحساب الدولة وشركة " تونيكس " من أجل بناء واعداد وصيانة واستغلال الطريق العمومى ونفق الربط .... وبالتالى يكون هذا النزاع من اختصاص القضاء الادارى . "

وقد اعتبرت محكمة التنازع أن العقد المبرم بين شركة الاقتصاد المختلط الملتزمة ببناء واعداد وصيانة واستغلال الطرق العمومية والأنفاق الأرضية وبين شركة خاصة "Tunnex" بغرض المساعدة العامة في كل مشاكل الاستغلال للمشروع (الاستغلال الفني والتجاري والرقابة على التشغيل وتقديم الخبرات والتعديلات المحتملة للانشاءات مستقبلا) عقدا اداريا على الرغم من كون شركة الاقتصاد المختلط من اشخاص القانون الخاص وعلى الرغم أيضا من أن العقد المبرم لم يكن أساسا من أجل أشغال الانشاءات وانما من أجل الصيانة والاستغلال للطريق العمومي ونفق الربط ، حيث اعتبرت محكمة التنازع العقد كأنه عقد أشغال عامة (١) مرددة ذات العبارات التي جاءت بحكم شركة " بيروت " . (٢)

ب ـ العقود المبرمة لحساب الشخص العام مانح الإلتزام بمعرفة ملتزمي الأشغال العامة الذين لا يتحملون حقيقةً المسئولية عن المشروعات :

هذه الطائفة من العقود، تمثل استثناء حقيقيا من المبدأ العام الذي يتمثل في اشتراط كون أحد طرفي العقد على الاقل ، من أشخاص القانون العام . ففي حكم شهير لمجلس الدولة الفرنسي صادر في ٣٠ مايو ١٩٧٥ في قضية "Montpelliéraine" (٣) ، سلم مجلس الدولة بالخصيصة

---

(١) - J. Dufau, J.C.A., Fasc. 520, Op. Cit., n°. 120.

وأيضا : بحث الأستاذ "F. Llorens" حول " التطور الجديد لقضاء شركة بيروت" المنشور في المجلة الفرنسية للقانون الاداري. "Rev. fr. dr. adm." عدد مايو ويونيو ١٩٨٥ ، ص ٣٥٣ .

(٢) - R. Chapus, "Droit administratif général", 4e éd., t. 1, Op. Cit., p. 374 et 375.

(٣) - C.E. 30 mai 1975, Sté d'équipement de la region montpelliéraine, Rec. p. 326, D. 1976, 3, note Moderne; A.J.D.A. 1975, 345, Chr. Franc et Boyon.

الادارية للعقد المبرم بين شركة اقتصاد مختلط ملتزمة بأشغال عامة فى مجـــال الاعداد والتجهيز والصيانة ومقاول من أجل انشاء طرق عامة مخصصـــــة لان تصبح من ملحقات الطريق المحلي • واعتمد حكم المجلس على أن الشركة لـــم تتصرف لحسابها الخاص وليس باعتبارها ملتزمة ولكن لحساب الجماعات العامـة، التي ستئول اليها هذه الاشغال • (١)

ولقد سلكت محكمة التنازع الفرنسية ذات الاتجاه بحكمها الصادر فى ٧ يوليو سنة ١٩٧٥ (٢) بصدد عقد مبرم بين شركة اقتصاد مختلط ملتزمة باعـــداد مركز سياحى ومقاولين مكلفين بانشاء شبكة مياه للشرب وشبكة للصـرف الصحى• ولقد تأكد هذا القضاء فى أحكام أخرى ، حيث مد القضاء الادارى الفرنســـى اختصاصه بعيدا عن قضاء شركة "Peyrot" وستندا الى أن الملتزمين لم يتصرفوا لحسابهم الخاص وانما لحساب الشخص العام مانح الالتزام• (٣)

---

(١) - "La société avait agi, non pas pour son propre compte, ni en sa qualité de concessionnaire, mais pour le compte des collectivités publiques aux quelles les voies devaient etre remises".

(٢) - T.C. 7 juillet 1975, Commune d'Agde, Rec. p. 797.

(٣) - C.E. 30 juin 1976, Sté. E.M. de la ville d'Aix-en-Provence, Rec. p. 806; 11 juin 1975, Sté d'équipement d'Auvergne, Rec. p. 1127; 27 janvier 1984, Ville d'Avignon, Rec. p. 28; Petites Affiches, 5 avril 1985, p. 9, note Llorens; T.C. 12 novembre 1984; Vernoux, Gazette du Palais, 1985, 2, Dr. adm. 267.

فى هذه الأحكام لا يوجد صدى لفكرة الوكالة الصريحة من قبل السلطة مانحة الالتزام للملتزم (١) ، ولكن مجلس الدولة الفرنسى ومحكمة التنازع اعتمدا على مجموعة من العناصر ، لتبرير اضفاء الصبغة الادارية للعقود التى تبرمها شركات الاقتصاد المختلط فى هذا المجال (٢) :

---

(١) - **J. Dufau,** Le droit des travaux publics, Op. Cit., p. 107 et s.

(٢) - **H.G. Hubrecht,** "Les contrats de service public", Thèse, Bordeaux, 1980, p. 175 et s.

وأيضا فى نفس المعنى :

- **J. Georgel,** "Contrats de l'Administration", J.C.A., Fasc. 500, 1983, n°. 18; 1987, n°. 19 bis; A. De Laubadère et autres, T.C.A., 2e éd., t. 1, Op. Cit., p. 261 et 262; G. Vedel et P. Delvolvé, "Droit administratif", Op. Cit., p. 345 et s.

ويلاحظ أن الاستاذان " فيدل " و " ديلفولفى " يطلقان على هذه الطائفة من العقود تسمية :

(Les contrats passés par des concessionnaires pour des travaux faisant l'objet d'un "mandat" de la collectivité concédante).

وهى ذات التسمية التى أوردتها د. تورية لعيونى فى رسالتها عن " معيار العقد الادارى " السابق الاشارة اليها ، ونحن من جانبنا نفضل التسمية الواردة بالمتن لأنها أكثر دقة فى الدلالة عن كنه هذه العقود ، كما أن تلك العقود ليست موضوع " وكالة " بل استثناء حقيقى من المعيار العضوى وهو ما قد يوحى به استخدام لفظ " الوكالة " .

أ – حصول شركة الاقتصاد المختلط على المعونات والمساعدات المالية المخصصة لمثل تلك الأشغال من الشخص العام مانح الالتزام .

ب – تضمين العقد بعض المستندات التعاقدية الموضوعة بمعرفة مرفق القناطر والطرق .

جـ – عودة الأشغال موضوع العقد للشخص العام مانح الالتزام بمجرد انجازها .

د – وجود شرط بحلول الشخص العام محل الشركة الملتزمة فى كل دعاوى المسئولية عن الأشغال محل العقد ، ومباشرته لدعوى المسئولية ضد المقاول المنفذ مباشرة .

وبناء على هذه العناصر واعتمادا على طبيعة العلاقة التى تربط الملتزم بالدولة ، أمكن لمجلس الدولة الفرنسي أن يبرر قضاءه فى هذا الشأن على خلاف التبريرات التى ساقها مفوض الدولة **"Thery"** فى قضية **"Montpelliéraine"** والتى انصبت على فكرة الوكالة (١) ، والتى أشار اليها أيضا المحامى العام **"Tunc"** فى قضية **"Commune d'Agde"** أمام محكمة التنازع الفرنسية (٢). ونحن نؤيد ماذهب اليه الأستاذ " دى لوبادير " من انتقاده لفكرة الوكالة الضمنية التى استند اليها البعض لتبرير هذا القضاء ، إذ أن تعبير **"Pour le compte de"** الواردة بهذه الأحكام لا تعنى الاعتراف للملتزم بصفة

---

(١) - **Chr. Franc et Boyon,** précitée: A.J.D.A., 1975, p. 346: "M. Thery invitait la section du contentieux du Conseil d'Etat a admettre l' existence d'un mandat pour justifier le caractère administratif du contrat litigieux".

(٢) - **Y. Brard,** Article précité, J.C.P. 1981, Doc. 3032: "Dans l'affaire Commune d'Agde, l'avocat général Tunc se référait aussi a la notion de mandat".

الوكيل عن الشخص العام (١) . واعتمادا على ذات العناصر التى اعتمد عليها قضاء مجلس الدولة ومحكمة التنازع الفرنسية فى هذا الخصوص ، توالت الأحكام تؤكد ذات الاتجاه وبذات العبارات التى استخدمها هذا القضاء ، وبصفة خاصة الحكم المطول الصادر عن مجلس الدولة الفرنسى بتاريخ ٢٩ مارس سنة ١٩٨٥ فى قضية (٢) "Sté Française de travaux publics Fougerolle"

وحكمه الصادر بتاريخ ٢٤ ابريل سنة ١٩٨٥ فى قضية (٣) "Sté d'etanchéité et d'asphaltage du Sud-Ouest".

---

(١) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 1, Op. Cit., p. 262 et s.

وفى نفس المعنى:

- Y. Brard, Article précité, J.C.P. 1981, Doc., 3032; J. Dufau, Le droit des travaux publics, Op. Cit., p. 109; M. Waline, note sous C.E. 15 déc. 1976, Sté civile immobilière de construction "R.G." et sous C.E. Sté J. Bernard, 22 déc. 1976, R.D.P. 1977, p. 495.

وأيضا : د. ثورية لعيوني ، المرجع السابق ص ١٣٧

(٢) - Dr. adm. 1985, n°. 230; R.D.P., 1985, p. 1697.

(٣) - R.D.P. 1985, p. 1697.

المطلب الثانـــي

اتصال العقد بنشـــاط مرفق عـــام

يمثل شرط اتصال العقد بنشاط مرفق عام ، سواء كان منفردا ــ طبقـــا للقضاء الفرنسي الحديث(١) ــ أو مجتمعا مع شرط اتباع الادارة لأساليب القانـون العام ، بتضمين العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص ــ طبقـــا للقضاء المصري ــ الشرط الثاني في معيار تمييز العقد الاداري ويعتبر حكـــم مجلس الدولة الفرنسي في قضية "Terrier" (٢) أول تطبيق لفكرة المرفـق العام في مجال العقود الادارية . واذا كان القضاء الفرنسي لم يتعرض لتحديـــد مفهوم المرفق العام ولم يعرفه بصورة مجددة تاركا ذلك للاجتهادات الفقهيــــة ، الا أنه مستقر على الأخذ بالمعنى الموضوعي للمرفق العام ، وهو النشاط الذي يصـدر عن الشخص الاداري والذي يهدف الى أداء خدمة عامة ، دون تقيد بنوع معيـــن من المرافق وسواء أكانت ادارية أو مرافق صناعية وتجارية(٣) . وعلى الرغم مـــن تعرض فكرة المرفق العام للهجوم من أنصار مدرسة السلطة العامة ، الذين يرون في السلطة العامة أساسا فنيا لبناء قواعد القانون الاداري ، الا أن المتتبع لاحكام القضاء الفرنسي والمصري على حد سواء يجد أن هذا القضاء مازال يرجع الى فكرة المرفق العام ، معظم قواعد القانون الاداري .

---

(١) "…. sans qu'il soit besoin de rechercher s'il comportait des clauses exorbitantes du droit commun..": C.E. 20 avril 1956, Epoux Bertin, précité.

(٢) C.E. 6 fevrier 1903, Terrier, S. 1903.3.25, Concl. Romieu:

حيث أكد المفوض "روميو" في تقريره المقدم في هذه القضيـــة ، أن كل مايتعلق بتنظيم أو تسيير المرافق العامة ، يخضع لاختصاص القضـاء الاداري سواء أكانت الادارة تتصرف عن طريق ابرامها عقد من العقـــود أو بصفتها سلطة عامة .

(٣) - **A. De Laubadère et autres**, T.C.A., 2e éd., t. 1, Op. Cit., p. 194 et 195.

وانظر في نفس المعنى :

- **J. Georgel**, "Contrats administratifs par nature", J.C.A., Fasc. 502, 1987, nos 3 et 4.

وأيا كان الجدل الفقهي حول نظرية المرفق العام ، فان لها دورا بارزا لاشك فيه في المعيار الحالي لتميز العقد الاداري.ويرى استاذنا الدكتور الطماوى أنـــه " لما كانت العقود الادارية تقوم على أحكام استثنائية ، فيجب أن يكون لذلـــك ما يبرره ، بأن تكون تلك العقود ذات صلة وثيقة بأحد المرافق العامة "(١)

فالمرفق العام وضرورة اتصال العقد بنشاطه شرط لاعتبار العقد اداريا لـدى معظم فقهاء القانون العام(٢) ، وان كان هناك فريق في الفقه يذهب الى أن فكرة المرفق العام قد غدت غير صالحة كمعيار للعقد الاداري ، وأن المعيار الموضوعـــي للعقد الاداري يقتصر فقط على فكرة الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانـــون الخاص .(٣)

ونحن من جانبنا نؤيد ماذهب اليه الأستاذ الدكتور الطماوي من أن هــذا الاتجاه يكشف عن الظروف المعاصرة التي تحيط بفكرة المرفق العام كمعيار لتحديد مجال القانون الاداري ، وأن هذا الاتجاه الذي يرمى الى احياء فكرة السلطة العامة لتحل محل فكرة المرفق العام في تحديد مجال تطبيق القواعد الادارية ، انمـــا

---

(١) مؤلفه في العقود ، المرجع السابق ، ص ٦٩ .

(٢) يراجع بالاضافة الى ماسبق : الدكتور محمد سعيد أمين ، الأسس العامـة لالتزامات وحقوق المتعاقد مع الادارة في تنفيذ العقد الاداري ، رسالـــة مقدمـة لكلية الحقوق ـ جامعة عين شمس ، سنة ١٩٨٤ ، ص ٤٥ .
الدكتورة ثوريه لعيوني ، معيار العقد الاداري ، المرجع السابق ، ص ١٥٦ ، ص ١٥٧ .
الدكتور زكي محمد النجار ، نظرية البطلان في العقود الادارية ، رسالـة مقدمة لكلية الحقوق ـ عين شمس ، ١٩٨١ ، ص ٢٢ .

(٣) في هذا المعنى:

- **R. Chapus**, "Responsabilité publique et responsabilité privée", Thèse, L.G.D.J., 1957, p. 100 et 109; Droit administratif général, t. 1, 4e éd., Op. Cit., p. 359 et s.
- **G. Vedel**, "La notion de clause exorbitante", Mélange Mestre, 1956, p. 527.

وفي الفقه المصري :

الاستاذ الدكتور ثروت بدوي ،رسالته بالفرنسية عن " نظرية عمل الأمير " =

يقف عند الوسيلة دون اهتمام بالغاية [١] . وذلك فضلا عن أن فكرة المرفق العام تحتل مكانا بارزا في جميع الأحكام الصادرة عن القضاء المصرى والتى تعرضت لتعريف العقد الادارى . وهو المسلك الذى أيدته المحكمة الدستورية العليا حيث تؤكد على أنه " يتعين لاعتبار العقد ، عقدا اداريا أن يكون أحد طرفيه شخصا معنويا عاما .. ، وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام ، بقصد تسييره أو تنظيمه .. " [٢] وحتى فى القضاء الفرنسى الحديث ورغم الأزمات التى مرت بها نظرية المرفق العام فان شرط اتصال العقد بالمرفق العام مازال أحد شقى المعيار الثنائى، والذى أصبح منذ قضاء " برتان " عام ١٩٥٦ معيارا اختياريا ، فيكون العقد اداريا سواء لأنه يعهد الى المتعاقد مع الادارة بتنفيذ المرفق العام ذاته، أو لأنه يتضمن شروطا استثنائية من القانون الخاص . [٣]

فأحد هذين الضابطين كاف بذاته للتعرف على الطبيعة الادارية للعقد وفقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسى فى حكمى " برتان " و " جونفران " [٤]. الا

= المرجع السابق ، ص ١٧ ومابعدها .
د . أحمد عثمان عياد، رسالته بعنوان " مظاهر السلطة العامة فى العقود الادارية " ــ دار النهضة العربية ــ القاهرة ١٩٧٣ ، ص ٢٥ ومابعدها .

(١) الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى ، العقود ، المرجع السابق ، ص ٩١، ص ٩٢ .

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر فى ١٩ /١ /١٩٨٠ فى القضية رقم ٧ لسنة ١ ق ، المجموعة ، ص ٢٤٤ .
وبذات المسلك أيضا حكمها فى ٢٩ /٦ /١٩٧٤ فى القضية رقم ١٠ لسنة ٤ ق (سبق ذكره) .

(٣) - **M. Ibrahim,** "Les contrats administratifs en droit Soudanais et Français", Thèse, Paris, II, 1977, p. 167.

(٤) - **C. Galiay,** Thèse précitée, p. 131: "Un seul de ces critères suffisait pour reconnaître une nature administrative à la convention".

أن مجرد المشاركة البسيطة من المتعاقد في المرفق لا تصبغ العقد بالطابع الاداري [١] ، فاشتراك المتعاقد في تنفيذ المرفق العام ذاته والمستفاد من حكم " برتان " أو أن يكون موضوع العقد ذاته ، طريقة لتنفيذ المرفق العام، والتي أشار اليها حكم " جوندران " هو المعول عليه لاعتبار اتصال العقد بالمرفق العام شرطا كافيا بذاته لصبغ العقد بالطابع الاداري ، بصرف النظر عن طبيعة الشروط التي يتضمنها العقد وما اذا كانت استثنائية أم لا [٢] ، وذلك وفقا للمعيار السائد حاليا في القضاء الفرنسي. ويرى أستاذنا الدكتور الطماوي أن مدى اتصال العقد بالمرفق العام ، هي مسألة موضوعية يراعيها القضاء الاداري في كل حالة على حدة [٣] . وينتهي الأستاذ " دي لوبادير" لذات النتيجة مشيرا الى أنه ليس في الامكان تحديد الاطار لصور اتصال العقد بالمرفق العام وحصر هذه الصور في قائمة محددة ، ويضيف أن الأمر الأكثر شيوعا طبقا للوضع الحالي للقضاء هو محاولة طرح نماذج ثلاثة لصور اتصال العقد بالمرفق العام من حيث المبدأ : [٤]

---

(١) - **C. Leclerco, J.P. Lukaszewicz,** "Travaux diriges de droit administratif", 2e éd., 1986, p. 130.

(٢) - **J.P. Benoit,** "Le droit administratif français", Dalloz, 1968, p. 601; J.F. Lachaume, G.D.J.A., Op. Cit., p. 271: ".... quelle que puisse être la nature des stipulations incluses dans le contrat".

(٣) الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي ــ العقود ــ المرجع السابق ، ص ٧٤ .

(٤) - **A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé,** T.C.A., 2e éd., t. 1, Op. Cit., p. 193.

١ ــ العقود التى يعهد فيها للمتعاقد بمهمة تسيير المرفق العام . (١)

٢ ــ العقد الذى يكون موضوعه أو هدفه اشراك المتعاقد فى تسيير المرفق العام ، بمعنى أن يكون له دور في مهمة تسيير المرفق العام، دون أن يصل ذلك الدور الذى يضطلع به المتعاقد لكل جوانب تسيير المرفق . (٢)

٣ ــ العقد الذى يكون موضوعه ذاته تنفيذ المرفق العام ، اى وسيلة هذا التنفيذ وضمان السهر على تنفيذ المرفق . (٣)

وبالطبع فان هذه النماذج التى استخلصها الأستاذ " دى لوبادير " من أحكام القضاء الفرنسى ، لا تحول دون وجود أشكال أخرى لاتصال العقد بالمرفق العام فهى نماذج مختلفة لمعيار واحد . (٤)

---

(١) "De confier au cocontractant la tâche même de fair fonctionner le service public".

(٢) "Le contrat ayant pour objet ou pour effet de fair participer le cocontractant ou fonctionnement du service public comme collaborateur à ce fonctionnement".

(٣) "Le contrat peut avoir pour objet même l'exécution du service public et même le moyen d'assurer cette exécution".

(٤) ".... des formes diverses d'un critère unique".

وتراجع الأحكام العديدة التى أشار اليها الأستاذ " جاك جورجيل " ، والتى تمثل المنبع الذى استقى منه الفقه صور اتصال العقد بالمرفق العام :

- **J. Georgel**, J.C.A., 1987, Fasc. 502, Op. Cit., nos. 32 à 72.

واذا ما سلمنا بأن مدى اتصال العقد بالمرفق العام هي مسألة موضوعية متروك تقديرها للقاضي في كل حالة على حدة، فان المحاولات الفقهية من بعض الفقهاء الفرنسيين (١) لوضع معيار محدد للعلاقة بين المرفق العام والعقد والكافيه بذاتها لصبغه بالطابع الاداري ، لم يكتب لها النجاح وكانت مثارا للعديد من الانتقادات . هذا فضلا عن أن هذه المحاولات قد وقعت في تناقض فلسفي عندما حاولت أن تضع معيارا محددا لعلاقة مرنة غير محددة وانما يترك تقديرها ومدى كفايتها لقاضي العقد . كما أنه بصدور حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية " برتان " عام ١٩٥٦ ، واستقرار قضائه الحديث على أن أحد شقي المعيار الموضوعي ــ اتصال العقد بالمرفق العام واحتواء العقد على شروط استثنائية من القانون الخاص ــ كاف بذاته لصبغ العقد بالطابع الاداري ، أغلق الباب أمام هذا الجدل الفقهي ولم يسع الفقه الى محاولة أخرى تاركا تحديد العلاقة المتطلبة بين المرفق العام والعقد لتقدير قاضي الموضوع بحسب ظروف الحال .

---

(١) ظهرت ثلاث نظريات في هذا الصدد :

أ ــ نظرية الهدف الحال المباشر : والتي قال بها الاستاذ " مارك رجلاد " ، حيث ذهب الى أن العقد لا يكون اداريا الا اذا كان موضوعه ، تحقيق غرض المرفق العام بطريقة حالة ومباشرة اما اذا كانت العلاقة بين موضوع العقد والمرفق غير مباشرة ، انتفت الصفة الادارية عن العقد حتى ولو ابتغت الادارة المتعاقدة تحقيق هدف مرفق عام ولكن بطريق غير مباشر :ــ

- **M. Reglade,** "De l'application aux marchés de fournitures de la séparation des autorités administratives et juridictionnelles", R.D.P., 1924, p. 191.

ب ــ نظرية الوسائل المتبعة في ادارة وتسيير المرفق : ومؤداها أن بعض المرافق تعتمد في ادارتها على وسائل تحتم اضفاء الصفة الادارية على العقود التي تبرمها وذلك اعتمادا على فكرة تنظيم المرفق وفقا لأوضاع خارجة عن القانون الخاص. ويؤكد الاستاذ " بيكنيو " على أن علاقة العقد بالمرفق العام في هذه الحالة كاف بذاته لصبغ العقد بالطابع الاداري. =

واذا كان شرط اتصال العقد بالمرفق العام كاف بذاته لصبغ العقد بالطابع الادارى حتى ولو لم يتضمن العقد أى شرط استثنائى من القانون الخاص ، طبقا لما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسى منذ عام ١٩٥٦ ، الا أن الوضع مازال فى القضاء المصرى على خلاف ذلك ، حيث يتطلب القضاء المصرى وجوب توافر الضوابط الثلاثة المتمثلة فى " أن يكون أحد طرفيه على الأقل من أشخاص القانون العام ، وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد تسييره أو تنظيمه، وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الادارية وهو انتهاج أسلوب القانون العام فيما تتضمنه هذه العقود من شروط استثنائية بالنسبة الى روابط القانون الخاص ". (١)

= يراجع فى هذا الشأن :

- G. Pequignot, "Théorie générale des contrats administratifs", J.C.A., 1961, Fasc. 500, p. 26 et 27.

جـ — نظرية اشتراك المتعاقد فى تسيير المرفق العام : والتى استند اليها المفوض " ليون بلوم " فى تعليقه على حكم مجلس الدولة الفرنسى، فى قضية شركة " الجرانيت " عام ١٩١٢ ومؤداها أن المشاركة الدائمة فى تسيير المرفق العام كافية بذاتها لاضفاء الصبغة الادارية على العقد ،حتى ولو لم يتضمن العقد شروطا استثنائية : لمزيد من التفاصيل ، والانتقادات التى وجهت لهذه النظرية، يراجع :

- A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. I, Op. Cit., p. 197 et s.

وفى نفس المعنى : الدكتور أحمد عثمان عياد ، مظاهر السلطة العامة فى العقود الادارية ، المرجع السابق ص ٢٨ ومابعدها .

الدكتورة ثورية لعيونى ، معيار العقد الادارى ، المرجع السابق ص ١٧٢ ومابعدها .

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ١٩ / ١ / ١٩٨٠ فى القضية رقم ٧ لسنة ١ ق ، سبقت الاشارة اليه .

المطلب الثالـــــــث

اتباع أسلـــــوب القانون العـــام

" المعيار المستمد من وجود عناصـــر استثنائيــــة"

"Critère tiré de la presence d'éléments exorbitants"

يمثل المعيار المستمد من وجود عناصر استثنائية سواء بتضمين العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في نطاق القانون الخاص ، أو أن يكون العقد خاضعا لنظـام استثنائي من القانون الخاص (١) ، أهمية كبيرة لتحديد طبيعة العقـــد الاداري ، مشتركا في ذلك مع شرط اتصال العقد بالمرفق العام طبقا للقضاء المصـــــري أو باعتباره معيارا كافيا بذاته لتمييز العقد الاداري طبقا لما استقر عليه قضاء مجلـــس الدولة الفرنسي ومحكمة التنازع الفرنسية (٢).

واذا كان القضاء وغالبية الفقهاء ــ سواء في فرنسا أو مصر ــ يطلق على هذا

---

(١) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 1, Op. Cit., p. 210.

(٢) - T.C. 7 juillet 1980, Société d'exploitation touristique de la Haute-Maurienne, Rec. p. 509; A.J.D.A., 1981, 48, note, A. De Laubadère: "Un contrat est administratif dès lors qu'il contient des clauses exorbitantes du droit privé sans qu'il soit besoin de rechercher si le cocontractant de la personne publique participe a l'exécution même d'un service public"; dans le meme sens: C.E. 13 novembre 1981, Soc. Les Papeteries de La Madeleine, R.D.P., 1983, 231.

المعيار تسمية " الشروط الاستثنائية من القانون الخاص" (١)
"Critere tire des clauses exorbitantes du droit commun"
فاننا من جانبنا نؤيد ماذهب اليه الاستاذ " دي لوبادير " من أنه أجدر أن يطلق عليه تسمية " المعيار المستمد من وجود عناصر استثنائية" (٢). ذلك أن هذا المعيار لا يقتصر على تضمين العقد شروطا استثنائية من القانون الخاص في جميع الحالات ، وانما يمكن أن يصطبغ العقد بالطابع الاداري حتى مع خلوه من الشروط الاستثنائية، اذا كان العقد خاضعا لقواعد خارجة عن نصوصه

---

(١) على سبيل المثال من أحكام القضاء الاداري الفرنسي والمصري :

- C.E. 10 juin 1988, Sté "Comptoir D'Électricité Franco-Belge", C. Ville De Paris, précité.

- حكم المحكمة الادارية العليا الصادر في ١١ فبراير سنة ١٩٨٤ في الطعن رقم ١٢٧٨ لسنة ٢٨ ق ، مجموعة السنة ٢٩ ص ٦٤٧، وقد انتهت المحكمة في هذا الحكم الى عدم اختصاص القضاء الاداري بنظر النزاع لعدم انطواء العقد على شروط استثنائية غير مألوفة في مجال القانون الخاص ..

ويراجع في الفقه الفرنسي والمصري :

- J.M. Auby, R. Drago, "Traité de contentieux administratif", 3e éd., t. 1, L.G.D.J., 1984, p. 467; J. Georgel, J.C.A., Fasc. 502, Op. Cit., nº. 73 et s.

الاستاذ الدكتور سليمان الطماوي ، العقود، المرجع السابق، ص ٧٨.

الدكتور زكي محمد النجار، نظرية البطلان ، المرجع السابق، ص ١٥.

الأستاذ الدكتور ثروت بدوي ، النظرية العامة في العقود الادارية ، المرجع السابق ، ص ١٠٣ ومابعدها.

الأستاذ الدكتور مصطفى أبوزيد فهمي، القضاء الاداري ومجلس الدولة ، ط ٤، ١٩٧٩ ، ص ١٣٣.

(٢) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 1, Op. Cit., p. 158 et p. 210.

ذاتها واستثنائية من القانون الخاص ، أي بالنظر الى طبيعة النظام القانوني الخاضع له العقد والذي يفرضه القانون ، ويتضمن حقوقا والتزامات لطرفي العقد غير مألوفة في القانون الخاص . ولذلك فان هذا المعيار يشمل الشروط الاستثنائية التي يتضمنها العقد ذاته ، وأيضا خضوع العقد لنظام استثنائي أجنبي عن ارادة المتعاقدين . ولقد استخلص الفقه فكرة " النظام الاستثنائي " من حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية " شركة الاستغلال الكهربائي لبحيرة سانت " الصادر في ١٩٧٣/١/١٩ (١) والذي اعترف فيه مجلس الدولة بالطابع الاداري للعقد المبرم بين مؤسسة كهرباء فرنسا "E.D.F." وهي مؤسسة عامة صناعية وتجارية ، وبين مورد مستقل للكهرباء ، غير خاضع للتأمين ، وذلك على الرغم من أن العقد لم يتضمن في نصوصه أية شروط استثنائية من القانون الخاص ، اعتمادا على خضوع العقد لنظام قانون استثنائي فرضه المرسوم الصادر في ١٩٥٥/٥/٢٠ ، وبالنظر الى الطابع الاجباري في ابرام العقد ، واختصاص الوزير بنظر المنازعات التي تنشأ بين الموردين ومؤسسة الكهرباء أثناء تنفيذ العقد (٢) . ويرى الأستاذ " جاك جورجيل " أن الالتزام الاجباري بالتعاقد في مثل تلك الحالات يمثل أحد مظاهر

---

(١) - C.E. 19 janvier, 1973, Sté d'exploitation électrique de la rivière du Sant, Rec. p. 48; Rev. adm. 1973, 633, note Amselek.

ولقد تأكد هذا القضاء في أحكام أخرى عديدة منها :-

- T.C. 24 avril 1978, Sté de la boulangerie de Kourou, Rec. p. 645; T.C. 7 juillet 1980, Sté d'exploitation touristique de la Haute-Maurienne, R.D.P., 1981, 518, précité; T.C. 20 janvier 1986, Coop. agricole de l'Arne et de la Retourne, Rec. p. 446, DA 1986, n°. 155.

(٢) - **A. De Laubadère, J.C. Venezia, Y. Gaudemet,** T.D.A., 10e éd., t. 1, Op. Cit., p. 604.

السلطة العامة لأنه يتعارض مع مبدأ الحرية التعاقدية المعروف في القانون الخاص .

ويضرب مثلا لذلك بعقود التأمين الاجبارية في زمن الحرب (١) . وأيا ماكان الأمر فانه اذا كان حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية شركة الجرانيت الصادر في ٣١ يوليو ١٩١٢ (السابق الاشارة اليه) هو نقطة البدء في مطلع القرن الحالي لظهور فكرة الشروط الاستثنائية ، فان حكم المجلس في قضية شركة بحيرة " سانت " يمكن اعتباره امتدادا لذات المعيار ولكن من زاوية خضوع العقد لاطار مضمون قانوني استثنائي من القانون الخاص ، فهو ليس معيارا جديدا مستقلا عن فكرة الشروط الاستثنائية ـ كما ذهب لذلك الأستاذ "Chapus" (٢) ـ ولكن يعتبر مرحلة من مراحل تطور معيار الشروط الاستثنائية . (٣)

واذا كان المعيار المستمد من وجود عناصر استثنائية كأحد المحاور الاساسية التي يدور البحث حولها للتعرف على طبيعة العقد ، قد تناوله الفقه ـ وبصفة

---

(١) - J. Georgel, J.C.A., Fasc., 502, Op. Cit., n°. 89.

(٢) - R. Chapus, Droit administratif général, t. 1, Op. Cit., p. 372.

ويلاحظ أن الأستاذ "Chapus" يطلق على طائفة العقود التي تخضع لنظام استثنائي من القانون الخاص تطبيقا لذلك المعيار ـ اصطلاح :

"Les contrats administratifs en consequence de leur régime".

(٣) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 1, Op. Cit., p. 232.

ويراجع في نفس المعنى :

الدكتورة ثورية لعيوني ، معيار العقد الاداري ، المرجع السابق ص ٢٣٨ .

خاصـــة فى فرنســا ــ باسهاب ، متتبعا مراحل تطوره ومحاولا تحديـــد مفهومه وصوره ، انطلاقا من أن مبادىء القانون الادارى تعتبر شركة بين الفقـــه والقضاء ... الا أننا سنكتفى بابراز أهم جوانب هذا المعيار بعيدا عن المناقشات الفقهيـــة المستفيضة التى تخرج عن مجال الدراسة التى نحن بصددها ، وذلــك فى فروع ثلاثة :

الفرع الأول : التحديد الفقهى والقضائى لمفهوم الشروط الاستثنائية والنظـــام الاستثنائى .

الفرع الثانى : صور الشروط الاستثنائية من القانون الخاص .

الفرع الثالث: القيمة القانونية لمعيار العناصر الاستثنائية ومدى كفايته استقلالا عن معيار المرفق العام .

الفـــرع الأول

التحديد الفقهي والقضائي لمفهوم الشروط الاستثنائيـــة والنظــام الاستثنائـــي

لم يتفق الفقه ــ سواء في فرنسا أو مصر ــ على تعريف محدد للشـــروط الاستثنائية من القانون الخاص،ويرجع الأستاذ " دي لوبادير " ذلك الى السياســة التي انتهجها مجلس الدولة الفرنسي في أحكامه العديدة التي تعرضت لفكرة الشـــروط الاستثنائية دون أن تعرفها ، أو تلك التي اقتصرت على نفي الطبيعة الادارية للعقد لعدم احتوائه على شروط غير مألوفة في مجال القانون الخاص . (١)

" ..... ne renferme pas de clauses exorbitantes".

وحتى بالنسبة للأحكام التي قضت بالطبيعةالادارية للعقد لاحتوائه علـــى شروط استثنائية ، فانها جاء ت مختصره للغاية، واقتصرت على ترديد الصيغة التي التزمها المجلس في العديد من أحكامه ، بأن العقد ذو طبيعة ادارية لاحتوائه على شروط استثنائية ، دون أن تستوضح ماهية هذه الشروط في معظم الحالات . (٢)

ويدلل الأستاذ " جاك جورجيل " على صعوبة تحديد متى تعتبر الشـــروط خارجة على المألوف في القانون الخاص (٣) ، بأن محكمة النقض الفرنسية اعتبـــرت

---

(١) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, 2e éd., t. 1, Op. Cit., p. 213 et 214.

(٢) يراجع على سبيل المثال:
- C.E. 2 Oct. 1985, Dame Bautiaa, J.C.P. 86, éd. G. 4., 84; T.C. 29 juin 1979, Mme Bourgeois, Rec. p. 292.

(٣) - J. Georgel, J.C.A., Fasc. 502, Op. cit., nº. 78.

السلطة التقديريـــة فى فسخ عقد ايجار شرطا استثنائيا [١] ، فى حين رفضـــت محكمة تنازع الاختصاص ذات التكييف لشرط يقضي بالفسخ تلقائيا اذا أخل المتعاقـد مع الشخص العام بأى من التزاماته التعاقدية [٢] . وفى حكم حديث لمحكمة النقـض الفرنسية ذهبت المحكمة الى أن الشرط الذى يسمح للشخص العام بفسخ العقد بقوة القانون "La résiliation de plein droit" دون اعذار سابق ، فى حالـــة اخلال المتعاقد معه بأحد التزاماته التعاقدية ، ليس شرطا استثنائيا . واعتبـرت كذلك الشرط الذى يعفى بائع عقار من الضمانات لعيب فى البناء ليس أيضا شرطـــا استثنائيا [٣] . وهو الاتجاه الذى سار عكسه مجلس الدولة الفرنسي فى العديد مـن أحكامه ، اذ اعتبر شرط الفسخ بقوة القانون شرطا استثنائيا من القانون الخـــاص اذا أخل المتعاقد مع الادارة بأحد التزاماته التعاقدية [٤] . وازاء عدم امكانيـــة الاعتماد على أحكام القضاء فى هذا الشأن لصياغة مفهوم محدد للشروط الاستثنائيـة، اجتهد الفقه لوضع تصور أكثر وضوحا لماهية الشروط الاستثنائية ، وتعـددت الآراء الفقهية ولم تجتمع على مفهوم محدد نظرا لارتكازها على أحكام القضاء وتبنى كـل رأى منها لعدد من هذه الأحكام ، وهى فى الأصل متباينة ومتعارضة فى بعض الأحيان .

---

(١) - Cass. civ. 1, 20, nov. 1973, Sté "Maison du livre français", Bull. civ. 1, n. 316; J.C.P. 73, éd. G., 4, 429.

(٢) - T.C. 15 juin 1970, Cne de Comblanchien c. Sté de gestion d'intérêts français, Rec. p. 889.

(٣) - Cass. civ. 1, 24 mars 1987, Cne de Doubs c. Ammerich, D.S., 1987, I.R., p. 83.

(٤) - C.E. 13 nov. 1981, Sté Les papeteries de la Madeleine, R.D.P. 1983, p. 230.

فالأستاذ " فالين " يعرف الشروط الاستثنائية من القانون الخاص بأنها تلك الشروط التي لا نجدها عادة في عقود القانون الخاص ، اما لكونها باطلة لمخالفتها للنظام العام اذا ما أدرجت في هذه العقود ، واما لأن السلطة الادارية قد ضمنتها العقد نزولا على مقتضيات الصالح العام التي تعتبر غريبة على أشخاص القانون الخاص عندما يتعاقدون فيما بينهم .(١)

ويرى الأستاذ "R. Chapus" أن الشرط الاستثنائي هو ذلك الشرط الذي يعتبر غير مشروع في عقود القانون الخاص وبالتالي لا يمكن للأفراد أن يضمنوه عقودهم .(٢)

في حين يرى الأستاذ " J. Rivero " أن الشروط الاستثنائية هي تلك التي تتعارض مع مبدأ الحرية التعاقدية المعروف في القانون الخاص، ولهذا لا يتصور أن تدرج في عقود الأفراد باعتبارها مخالفة للنظام العام ، ومن الناحية العملية فقد حكم بأنها تلك الشروط التي نادرا ما تظهر في العلاقات بين الافراد، لأنها مستوحاة من اعتبارات الصالح العام الغريبة على أفراد القانون الخاص .(٣)

---

(١) - **M. Waline**, "Droit administratif", Op. Cit., p. 572.

(٢) - **R. Chapus**, Thèse précitée, p. 128; "Droit administratif", 4e éd., t. 1, Op. Cit., p. 361 et s.

(٣) - **J. Rivero**, "Droit administratif", Dalloz, 1987, p. 143 et 144:

"Sont certainement derogatoires les clauses excédant la liberté contractuelle, et dès lors insusceptibles de figurer dans un contrat entre particuliers, comme contraires à l'order public. Sont parfois aussi jugées telles celles qui, en pratique, ne sont guère usitées dans les relations privées, parce qu'elles repondent à des préoccupations d'intérêt général étrangères aux particuliers".

أما الاستاذ " فيدل " فهو يتزعم الاتجاه الذى يعتبر الشروط الاستثنائية مجرد شروط غير مألوفة فى عقود القانون الخاص ، وأنه بتفحص الشروط التى قضى بأنها استثنائية فانه من النادر أن نجد من بينها ما يعد باطلا أو مستحيلا بالنسبة للعقود المدنية. وينتهى الفقيه " فيدل " الى أن الشروط غير المألوفة هى التى يكون موضوعها منح المتعاقدين حقوقا أو تحميلهم بالتزامات غريبة بطبيعتها عن تلك التى يمكن للمتعاقدين الاتفاق عليها بحرية فى ظل القوانين المدنية والتجارية (١).

ويمكن القول أن الاستاذ " فيدل " قد اعتمد فى تعريفه للشروط الاستثنائية على حكم مجلس الدولة الفرنسى فى قضية **"Stein"** (٢) وهو من الأحكام القليلة التى حاول فيها القضاء الفرنسى وضع تعريف للشروط غير المألوفة فى القانون الخاص .

ويبدو أن الأستاذ الدكتور " ثروت بدوى " فى تحديده لمفهوم الشروط الاستثنائية ، ينضم الى رأى الفقيه " فيدل " مع بعض التحفظات. فالشروط الاستثنائية فى رأيه لا تنحصر فى الشروط المستحيلة أو الباطلة بالنسبة لعقود القانون الخاص ، بل تشمل كذلك الشروط غير المألوفة فى تلك العقود. الا أن

---

(١) - **G. Vedel**, "La notion de clause exorbitante", Mélange Mestre, Op. Cit., p. 527.

(٢) - C.E. 20 oct. 1950, Stein, Rec. p. 505.

وقد ردد القضاء الفرنسى نفس الصيغة فى بعض الأحكام منها :

- T.C. 28 mars 1955, E.D.F., R.P.D.A., 1955, n°. 254;
  C.E. 29 juin 1951, Sté minière du Cap Corse, Rec. p. 383;
  C.E. 4 juin 1952, Établ. Dutrut, Rec. p. 292.

الأستاذ الدكتور ثروت بدوى يميز بين نوعين من الشروط الاستثنائية : النوع الأول يتعلق بالشروط التى تحدد الطبيعة الادارية للعقد بصفة مباشرة ، وهى الشروط الاستثنائية التى تنطوى على عنصر السلطة العامة وتعد أحد مظاهرها فى العقد ، بحيث لا يمكن أن يوجد تطبيق لها فى عقود القانون الخاص . أما النوع الثانى فهى الشروط التى لا تحدد الطبيعة الادارية للعقد الا بطريق غير مباشر ، ولذلك فهى قد تكشف عن نية المتعاقدين فى اتباع أحد أساليب القانون العام ، بشرط ألا يوجد مايدل على عكس ذلك ، والا فقدت تلك الشروط غير المألوفة كل أثر فى تحديد طبيعة العقد . ولذلك فهى شروط ليست مستحيلة فى حد ذاتها بالنسبة لعقود القانون الخاص . (١)

ومع تسليم الاستاذ " دى لوبادير " بأن فكرة الشرط الاستثنائى غالبا ما ترتبط بالامتيازات الاستثنائية المقررة للادارة ، الا أن ذلك غير كاف لتعريفها فالشرط الاستثنائى فى بعض الأحيان شرط مستحيل وغير مشروع فى العقود المبرمة بين الأفراد ، وفى أحيان أخرى شرط غير مألوف فحسب فى هذه العقود .

وينتهى الأستاذ " دى لوبادير " الى أن الشروط الاستثنائية بصفة عامة ، هى تلك الشروط الوثيقة الصلة والخاصة بالقانون العام ، والتى تحمل طابع

---

(١) الأستاذ الدكتور ثروت بدوى ، النظرية العامة فى العقود الادارية ، المرجع السابق ، ص ١٠٣ ومابعدها .
ويراجع أيضا مقاله بعنوان " المعيار المميز للعقد الادارى" ، مجلة القانون والاقتصاد السنة ٢٧ ، سنة ١٩٥٧ ، ص ١٥٤ . ويراجع فى هذا الصدد رسالة الدكتور أحمد عثمان عياد ، المرجع السابق ص ٧٤ ، حيث يرى أن "جميع الشروط الاستثنائية سواء منها الشروط المتسمة بطابع السلطة العامة أو الشروط غير المألوفة ، تعتبر تعبيرا عن وجود السلطة العامة فى العقد الادارى" ، اذ أنها — بنوعيها — اعلان عن وجود هذه السلطة سواء فى العقد الادارى ذاته أو فى النظام القانونى لهذا العقد ..."

هذا القانون بناء على محتواها أو غرضها . (١)

ويرى أستاذنا الدكتور سليمان الطماوى أنه من الصعوبة بمكان تحديد متى تعتبر الشروط خارجة على المألوف فى القانون الخاص ، الا أنه يمكن رد هذه الشروط غير المألوفة الى أفكار رئيسية ، كما يمكن الاستدلال عليها بقرائن معينة. ويشير سيادته الى بعض تلك الشروط التى ابرزها القضاء الادارى سواء فى فرنسا أو مصر ، كالشروط التى تتضمن امتيازات للادارة لا يمكن أن يتمتع بها المتعاقد الآخر ، والشروط التى تخول المتعاقد مع الادارة سلطات استثنائية فى مواجهة الغير ، والاحالة الى دفاتر شروط معينة تتضمن شروطا استثنائية من القانون الخاص ، واشتراك المتعاقد مع الادارة مباشرة فى تسيير المرفق العام . ومن القرائن التى أشار اليها الاستاذ الدكتور سليمان الطماوى ، قرينة جعل الاختصاص للقضاء الادارى اذا كانت طبيعة العقد غير واضحة ، والتى قد تكون العامل الحاسم فى ابراز صفة العقد الادارية بالاضافة الى القرائن الاخرى التى ترجح

---

(١) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 1, Op. Cit., p. 214.

ويراجع فى هذا الصدد :رسالة الدكتور محمد سعيد حسين أمين " الأسس العامة لالتزامات وحقوق المتعاقد مع الادارة فى تنفيذ العقد الادارى " ، المرجع السابق ، ص ٩٥ : حيث يرى – وبحق – أن اتجاه الأستاذ " دى لوبادير " فى تكييف الشروط غير المألوفة فى القانون الخاص ، هو اتجاه واقعى شامل يعبر عن الطبيعة الحقيقية لتلك الشروط ، فاعتبار الشروط غير المألوفة فى القانون الخاص ، وثيقة الصلة بمبادىء القانون العام من شأنه اتساع نطاق تعريف تلك الشروط لكى تشمل كل الصور التى لا يمكن ادراجها فى طائفة الشروط المتصلة بامتيازات السلطة العامة أو تلك التى تعد غير مشروعة فى عقود الأفراد .

الصبغة الادارية للعقد .(١)

ويبدو أن الأستاذ الدكتور مصطفى أبوزيد فهمي يؤيد في تعريفه للشـــروط غير المألوفـــة ، ماذهب اليه الأستاذ " فيدل " من أن العديد من الشـــروط التي نقابلها في العقود الادارية ــ كالشروط الجزائية مثلا ــ يمكن أن توضـــع في العقود المدنية دون أن تجعلها مشوبة بالبطلان . فالشروط غير المألوفـــة في نظره هي " شروط لو وضعت في عقد مدني لقضى القانون ببطلانه ، ولكنهـــا لا يجب أن تكون دائما كذلك ، بل يمكن أن تتمثل في شروط لا يعتاد الانسان أن يراها كثيرا في عقود القانون الخاص " .(٢)

---

(١) الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى ، العقود ، المرجع السابق ص ٨٢ .
وانظر في نفس المعنى :

- **G. Péquignot,** J.C.A., ancien, Fasc. 500, Op. Cit., n°. 191: "S'il n'est guère possible de formuler une théorie d'ensemble de la clause exorbitante, ou de dresser une liste exhaustive des stipulations reconnues comme telles, on peut cependant, présenter quelques catégories assez générales qui rendront compte des clauses les plus couramment utilisées".
- **J. Georgel,** J.C.A., Fasc. 502, Op. Cit., n°. 85.
- **A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé,** T.C.A., 2e éd., t. 1, Op. Cit., p. 215 et s.

(٢) الأستاذ الدكتور مصطفى أبوزيد فهمي ، القضاء الاداري ومجلس الدولـــة ــ المرافعات الادارية ، ط ١٩٨٨ ، ص ٢٧٢ .

واذا كان مجلس الدولة الفرنسي قد حاول في بعض أحكامه تعريف الشـروط الاستثنائية بأنها تلك الشروط التي " تخول للأفراد حقوقا أو تضع على عاتقهـم التزامات غريبة بطبيعتها عن تلك التي يمكن للأفراد العاديين الاتفاق عليها فـي اطار القوانين المدنية والتجارية(١) " ، فان مجلس الدولة المصري قد تعـرض بدوره لتحديد ماهية الشروط الاستثنائية وذلك بالاشارة الى بعض صور هذه الشروط وقد عبرت المحكمة الادارية العليا عن ذلك بقولها أن العقد الاداري يتميز " بأن الادارة تعمل في ابرامها له بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات ، لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها وذلك بقصد تحقيق نفع عام أو مصلحة مرفق من المرافـق العامة .. كما أن الشخص المعنوى العام يعتمد في ابرامه وتنفيذه على أساليـب القانون العام ووسائله اما بتضمينه شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود القانـون الخاص سواء كانت هذه الشروط واردة في ذات العقد أو مقررة بمقتضى القوانيـن واللوائح أو بمنح المتعاقد مع الادارة فيه حقوقا لا مقابل لها في روابط القانـون الخاص ..." وفي موضـع آخر من هذا الحكم تقول المحكمـة :

" ... فبينما مصالح الطرفين في العقد المدني متساوية ومتوازنة ، اذا بكفتـي المتعاقدين غير متكافئة في العقد الاداري تغليبا للمصلحة العامة على المصلحة الفردية مما يجعل للادارة في هذا الأخير سلطة مراقبة تنفيذ شروط العقـد وتوجيه أعمال التنفيذ واختيار طريقته وحق تعديل شروطه المتعلقة بسير المرفق

---

(١) - C.E. 20 Oct. 1950, Stein, précité; C.E. 29 juin 1951, Sté minière du Cap Corse, précité: "clauses ayant pour effet de conférer aux parties des droits ou de mettre charge des obligations étrangers à ceux qui sont susceptibles d'être librement consentis par quiconque dans le cadre des lois civiles et commerciales".

وتنظيمه والخدمة التى يؤديها وذلك بارادتها المنفردة حسبما تقتضيه المصلحة العامة دون أن يتحدى الطرف الآخر بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين ، وكذا حق توقيع جزاءات على المتعاقد وحق فسخ العقد وانهائه باجراء ادارى دون رضاء هذا المتعاقد ، انهاء مبتسرا ودون تدخل القضاء". (١)

وأحيانا أخرى تكتفي المحكمة الادارية العليا بترديد أن العقد لا يحتوى على شروط استثنائية غير مألوفة فى مجال القانون الخاص وعدم اختصاص القضاء الادارى بنظر النزاع (٢) . وان كان الغالب فى مسلك مجلس الدولة المصرى فى العديد من أحكامه الصادرة من محكمة القضاء الادارى والمحكمة الادارية العليا ،

---

(١) حكم المحكمة الادارية العليا الصادر فى ١٩٦٣/٥/٢٥ ـ السنة الثامنة ، بند ١١٦ ص ١٢٢٥ ، والمنشور أيضا بمجموعة المبادىء القانونية التى قررتها المحكمة الادارية العليا فى العقود الادارية فى خمسة عشر عاما من أول أكتوبر سنة ١٩٥٥ الى آخر سبتمبر سنة ١٩٧٠ ص ١٠٣ . وانظر كذلك الأحكام العديدة التى أوردها الاستاذ الدكتور سليمان الطماوى فى مؤلفه " الأسس العامة للعقود الادارية" السابق الاشارة اليه ص ٨٠ ومابعدها .

(٢) حكم المحكمة الادارية العليا فى الطعن رقم ١٢٧٨ لسنة ٢٨ قضائية بتاريخ ١١ فبراير سنة ١٩٨٤ ـ سبقت الاشارة اليه ـ وتتلخص وقائع القضية فى أنه بمناسبة وقف نشاط الشركة العامة للبترول بسبب حرب الاستنزاف وتخويلها مجلس مدينة الغردقة باستغلال عدة مساكن مملوكة لها ، وقيام مجلس مدينة الغردقة بتأجير هذه المساكن للموظفين وغيرهم من المواطنين الموجودين فى مدينة الغردقة . ثم استئجار عقيد بمديرية امن البحر الاحمر لوحدة سكنية من المساكن المذكورة ، وقيامه بتأجيرها للشركة المصرية العامة للسياحة مما دعا مجلس مدينة الغردقة الى طلب اخلاء العين المؤجرة حيث قضت المحكمة الادارية العليا عند نظر المنازعة فى طبيعة عقد الايجار ، الى عدم اختصاص القضاء الادارى لعدم انطواء العقد على شروط استثنائية غير مألوفة فى مجال القانون الخاص .

هو ابراز الشروط التى استند اليها فى اضفاء الصفة الادارية على العقد .[١]

واذا كان معيار الشروط الاستثنائية من القانون الخاص قد أثار جدلا فى الفقه ــ كما أوضحنا ــ فيما يتعلق بتحديد ماهيته ، والدور الذى تلعبه تلك الشروط فى مجال تمييز العقد الادارى لاسيما لدى أنصار مدرسة السلطة العامة، فان هذا المعيار قد تطور ولم يعد مقصورا على الشق المتعلق بتضمين العقد ذاته شرطا أو شروطا استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص . ويعتبر حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر بتاريخ ١٩ يناير ١٩٧٣ فى قضية شركة الاستغلال الكهربائى لبحيرة سانت[٢] ، نقطة البداية لهذا التطور الذى يتمثل فى أن خضوع العقد لنظام استثنائى من القانون الخاص شأنه شأن تضمين العقد شروطا استثنائية ، يصبغ العقد بالطابع الادارى[٣] ، انطلاقا من ابرامه فى اطار مضمون قانونى فرضه القانون ، بما يحتويه هذا النظام من حقوق والتزامات لطرفي

---

(١) على سبيل المثال : حكم محكمة القضاء الادارى فى القضية رقم ٢٢٣ لسنة ١٠ ق بتاريخ ١٦/١٢/١٩٥٦ .
وأيضا : حكم المحكمة الادارية العليا فى الطعن رقم ١١٩٥ لسنة ٢٨ ق بتاريخ ٩/٤/١٩٨٥ ــ سبقت الاشارة اليه .

(٢) - C.E. 19 janv. 1973, Sté exploitation électr. de la rivière du Sant, précité.

(٣) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 1, Op. Cit., p. 229: "La soumission du contrat à un régime exorbitant du droit commun, constitue aujourd'hui, à côté de la présence de clauses exorbitantes, une donnée susceptible d'imprimer au contrat un caractère administratif...."

العقد لا يعرفها النظام القانوني لعقود القانون الخاص .[١]

ولقد تأكد هذا التطور بحكم محكمة التنازع الفرنسية في قضية شركة " كورو "[٢] حيث اعتبرت المحكمة العقود التي يبرمها " المركز القومي للدراسات والأبحاث الفضائية " ، عقودا ادارية وذلك تأسيسا على خضوعها لنظام استثنائي من القانون الخاص.واذا كان الطابع الاستثنائي هو الذي يجمع بين فكرتي النظام الاستثنائي والشروط الاستثنائية ، الا أنه يجدر الاشارة الى الملاحظات التالية :

١ ـ ان فكرة النظام الاستثنائي من القانون الخاص ماهي الا امتداد لفكرة الشروط الاستثنائية ، ومرحلة من مراحل تطور معيار الشروط الاستثنائية الذي نفضل أن يطلق عليه معيار العناصر الاستثنائية، لأن هذه التسمية تجمع بين الفكرتين المتشابهتين . كما أن التطور الجديد الذي واكب صدور حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية شركة "Sant" والذي أشار اليه مفوض الحكومة "Rougevin-Baville" في تقريره المقدم للمجلس[٣] في هذه القضية ، لا يعتبر تحولا جذريا في فكرة الشروط الاستثنائية كضابط من ضوابط المعيار المميز للعقد الاداري ـ كما ذهب لذلك الأستاذ

---

(١) - J.M. Auby, "Le contrat administratif en droit français", Revue International de droit comparé, N° special-Vol. I, Journées de la Société de législation comparée, 1979, p. 502.

(٢) - T.C. 24 avril 1978, Société de la boulangerie de Kourou, précité: "... passés avec des prestataires de services, qui confient à ceux-ci l'exécution même de la mission dont la C.N.E.S. est chargé ou qui sont soumis à un régime exorbitant du droit commun".

(٣) تعليق المفوض "Rougevin-Baville" على حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية شركة بحيرة سانت في ١٩ يناير ١٩٧٣ المنشور في: "C.J.E.G. 1973, J, p. 239"

"P. Weil" (١) ـ ولا يعتبر أيضا معيارا جديدا مستقلا بذاته يضـــاف للمعايير الاخرى ـ كما نادى بذلك الأستاذ "Chapus" (٢) . ولا يمكن أن يوضع هذا التطور في مصاف التحولات الكبرى التي جاءت بها أحكام مجلس الدولة الفرنسي ومحكمة التنازع الفرنسية أعوام ١٩١٠ ، ١٩١٢ ، ١٩٥٦ (٣) .

---

(١) - **P. Weil**, "Le critère du contrat administratif en crise", Mél. M. Waline, II, p. 846.

وأيضا في نفس المعنى : يراجع رسالة الدكتور محمد سعيد حسين أمين ، الأسس العامة للالتزامات وحقوق المتعاقد مع الادارة في تنفيذ العقد الاداري ـ سابق الاشارة اليها ـ ص ١٠٢ : حيث يؤيد ماذهب اليه جانب من الفقه الفرنسي من اعتبار حكم شركة " سانت " تحولا جذريا في فكرة الشروط غير المألوفة . وعلى الرغم من ذلك يعود فيذكر في هامش ذات الصحيفة : " أن الخصيصة الملزمة لابرام العقد باعتبارها احدى مظاهر النظام غير المألوف في عقود القانون الخاص ، فكرة ليست مستجدة بمقتضى حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية شركة سانت " مشيرا الى فكرة العقود الاجبارية المتعلقة بعقود التأمين البحري في أوقات الحرب .

(٢) - **R. Chapus**, "Droit administratif général", Op. Cit., p. 372; "Droit du contentieux administratif", Montchrestien, 1982, p. 741.

(٣) - **A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé**, T.C.A., 2e éd., t. 1, Op. Cit., p. 159: "L'arrêt de la rivière du Sant ne saurait être assimilée à un tournant ni à une orientation nouvelle comparable à celles qui ont marqué les grandes phases de cette évolution .....".

٢ — ان معيار النظام الاستثنائي من القانون الخاص معيار قضائي نظرا للدور الذي يقوم به القاضي من فحص العناصر الاستثنائية ومدى كفايتها لصبغ العقد بالطابع الاداري (١) . وهو بهذا يختلف عن طائفة العقود الادارية بتحديد القانون "contrats par determination de la loi" المعروفة في فرنسا (٢) . ولهذا فان ما اقترحه الأستاذ " فيدل " لاطلاق

---

(١) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 1, Op. Cit., p. 231 et 232.

(٢) لم نتعرض في هذا البحث لفكرة " العقود الادارية بتحديد القانون " التي ادرجها المشرع الفرنسي في اختصاص القضاء الاداري الفرنسي عند نشأة نظرية العقد الاداري ، وذلك لأن اختصاص القضاء الاداري بتلك العقود لم يكن مستندا الى خصائص ذاتية متعلقة بالعقد الذي انعقد اختصاص القضاء الاداري بالنظر في المنازعات المتعلقة به ، وانما يرجع الى ارادة المشرع . كما أننا نؤيد ما انتهى اليه أستاذنا الدكتور الطماوي من استبعاد فكرة العقود الادارية بتحديد القانون من نطاق القانون المصري ، فالعقود الادارية في مصر عقود ادارية بطبيعتها ووفقا لخصائصها الذاتية ، لا بتحديد القانون ولا وفقا لارادة الشارع ، على حد تعبير محكمة القضاء الاداري المصرية في حكمها الصادر في ١٩٥٦/١٢/٩ في القضية رقم ٨٧٠ لسنة ٥ ق . يراجع في هذا الصدد مؤلف الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي ، العقود ، المرجع السابق ، ص ٥٠ و ص ٥١ . وانظر عكس ذلك مؤلف الاستاذ الدكتور مصطفى أبوزيد فهمي — القضاء الاداري ومجلس الدولة ، المرجع السابق ، ص ٢٧٤: حيث يرى سيادته أن اختصاص محكمة القضاء الاداري في مصر في ظل قانون سنة ١٩٤٩ كان محددا بنص القانون بالنسبة لعقود ثلاثة فقط — وفي نفس المعنى د. ثورية لعيوني ، المرجع السابق ص ٤٧ .

اصطلاح "التحديد المسبق للقانون "Prédétermination de la loi"(١) على فكرة النظام الاستثنائى فى محاولة للتقريب بينها وبين فكرة العقود الادارية بتحديد القانون ، والتى تعتمد على ارادة المشرع ، فيه خلط بين الفكرتين انتقده الاستاذ دى لوبادير(٢) فلكل من الفكرتين مجالها . ويبدو أن الأستاذ " فيدل " قد عدل عن موقفه السابق اثر تواتر أحكام مجلس الدولة الفرنسى ومحكمة التنازع الفرنسية التى أكدت فكرة العقد الخاضع لنظام استثنائى ، حتى أن العميد " فيدل " فى أحدث مؤلفاته فى القانون الادارى لم يشر الى اصطلاح التحديد المسبق للقانون وأطلق على طائفة العقود الخاضعة لنظام استثنائى اصطلاح "Le contrat conclu dans un régime exorbitant"(٣)

---

(١) - **G. Vedel**, "La notion de clause exorbitante", **Mél.** Mestre, Op. Cit,. p. 527.

(٢) - **A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé**, T.C.A. 2e éd., t. 1, Op. Cit., p. 231.

(٣) - **G. Vedel, P. Delvolvé**, Droit administratif, Op. Cit., p. 336: "Le contrat conclu par l'Administration peut être administratif en raison du régime exorbitant qu'il comporte: le régime exorbitant peut figurer dans le contrat lui même (clause exorbitantes); ou c'est le contrat qui peut être conclu à l'intérieur d'un régime exorbitant".

٣ ـ ان خضوع العقد لنظام استثنائي بابرامه في اطار مضمون قانوني فرضه المشرع بما يتضمنه من حقوق والتزامات لطرفي العقد لا يعرفها القانون الخاص ، وان كان من الممكن أن يصبغ العقد بالطابع الاداري الا أن الأمر يختلف في فرنسا عنه في مصر، من زاوية المعيار المطبق حاليا في كل من القضاء الفرنسي والمصري لتمييز العقد الاداري ؛ وهو كما أوضحنا معيار ثنائي واختياري طبقا لما استقر عليه مجلس الدولة الفرنسي منذ عام ١٩٥٦ . حيث اصبح أي من معياري اتصال العقد بالمرفق العام ومعيار العناصر الاستثنائية ، كاف بذاته لأن يصبغ العقد بالطابع الاداري . وتطبيقا لذلك فان خضوع العقد لنظام استثنائي ، يصبغ العقد بالطابع الاداري حتي ولو كان منبت الصلة بالمرفق العام(١) تمشيا مع المعيار القضائي الفرنسي .

أما في مصر فمازال القضاء يتطلب لاعتبار العقد اداريا ، أن يتصل بنشاط المرفق العام وأن يأخذ العقد بأسلوب القانون العام وما ينطوي عليه من شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص ، سواء تضمن العقد هذه الشروط أو كانت مقررة بمقتضى القوانين واللوائح .(٢)

---

(١) - **G. Vedel, P. Delvolvé,** Droit administratif, Op. Cit., p. 338: "Le critère du régime exorbitant s'applique aux contrats qui, même sans lien direct avec le service public et sans clause exorbitante du droit commun, sont conclus dans un contexte juridique imposé par le législateur....".

(٢) حكم المحكمة الادارية العليا رقم ٥٥٩ بتاريخ ١٩٦٨/٣/٢٤ سنة ١٣ ق ـ سبقت الاشارة اليه .

وحكمها رقم ١٢٧٨ لسنة ٢٨ ق بتاريخ ١٩٨٤/٢/١١ ـ سبقت الاشارة اليه .

الفرع الثانـــي

صور الشروط الاستثنائية من القانون الخاص المدرجة في العقـــــــــد

"Les clauses exorbitantes du droit commun insérées dans le contrat"

نظرا لعدم امكانيـة صياغة نظرية عامة للشروط الاستثنائية أو وضع قائمـة شاملة للاشتراطات التي يمكن أن توصف بأنها استثنائيـة من القانون الخاص (١)، الا أنه يمكن استنادا الى الأحكام القضائية وما استخلصه الفقه منها، رد الشـروط الاكثر شيوعا الى عدة طوائف رئيسيـة سوف نعرض لها بايجاز ، بداية مـن الشروط التي لا يثور حول الخصيصة الاستثنائية لها أدنى شك ، ومرورا بتلـك الشروط التي يترك للقضاء حرية واسعة في تقدير مدى خروجها على المألوف فـي عقود القانون الخاص .

---

(١) - **J. Georgel, J.C.A.,** Fasc. 502, Op. Cit., n°. 85; A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 1, Op. Cit., p. 215 et s.; R. Chapus, Droit administratif, Op. Cit., p. 361; G. Vedel, P. Delvolvé, Droit administratif, Op. Cit., p. 336.

ويراجع على سبيل المثال من الفقه المصري في هذا الصدد :

الأستـاذ الدكتور سليمان الطماوي ـ العقود ـ المرجع السابـق ص ٨٢ ومابعدها .

الأستاذ الدكتور ثروت بدوي ـ معيار تمييز العقد الاداري ـ المرجـع السابق ـ ص ١٥٠ ومابعدها .

الدكتور محمد سعيد أمين ـ الأسس العامة لالتزامات وحقوق المتعاقـد مع الادارة ـ المرجع السابق ـ ص ٨١ ومابعدها .

الدكتور أحمد عثمان عياد ـ مظاهر السلطة العامة في العقود الاداريـة ـ المرجع السابق ـ ص ٧٦ ومابعدها .

الدكتورة ثورية لعيوني ـ معيار العقد الاداري ـ المرجع السابـق ـ ص ٢١١ ومابعدها .

(١) الشروط المتعلقة باحتيازات السلطة العامة :

"Clauses se rattachant aux prérogatives de puissance publique".

هذه الطائفة من الشروط التي تثير امتيازات السلطة العامة ، لا شك في أنها تعتبر غريبة على عقود القانون الخاص من ناحية اخلالها بمبدأ المساواة بين أطراف العقد ، سواء تلك التي تمنح الادارة امتيازات السلطة العامة "Prérogative de puissance publique".

في مواجهة المتعاقد معها أو تلك التي تمنح المتعاقد مع الادارة بعض من تلك الامتيازات في مواجهة الغير . (١)

أ ـ الشروط التي تمنح الادارة امتيازات السلطة العامة في مواجهة المتعاقد معها:

"Prérogatives de l'administration vis-à-vis du cocontractant"

من أشهر هذه الشروط تلك التي تمنح الادارة المتعاقدة امتياز القرار التنفيذي "La décision exécutoire" وبصفة خاصة سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها اذا ما أخل بأي من التزاماته التعاقدية. (٢)

---

(١) - A. De Laubadère, "Droit administratif spécial", 1970, p. 42.

(٢) على سبيل المثال : حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٥٠/٧/٢٧ في قضية "Peulabeuf" المجموعة ص ٦٦٨ . وأيضا حكم المحكمة الادارية العليا في ١٩٧٨/١/١٤ لسنة ٢٣ ق ، المجموعة ص ٣٨ .

ويرى الاستاذ " دى لوبادير " أن امتياز القرار التنفيذي يعتبر دائما وبالتأكيد شرط مخالف للقانون الخاص :

"La décision exécutoire est toujours indiscutablement considérée comme une clause dérogatoire au droit commun".

يراجع في التفاصيل مؤلف الأستاذ دى لوبادير في العقود ، الطبعة الثانية ، الجزء الاول ، المرجع السابق ص ٢١٨ .

ومن أمثلة تلك الشروط أيضا المرتبطة بامتيازات السلطة العامة، الشـــروط التي تنص على سلطة التنفيذ المباشر "L'action directe" فالادارة بفضل هـــذه الامتيازات تستطيع بارادتها المنفردة أن تنشىء حقوقا وأن تحمل المتعاقد معهـــا بالتزامات يتطلبها حسن سير المرفق وبالتالي تستطيع أن تنفذ بارادتها المنفـــردة الالتزامات المقررة لصالحها (١) . كما أن الشروط التي تنص على سلطة الادارة في تعديل العقد بارادتها المنفردة ماهي الا مظهر من مظاهر امتيازات السلطـــة العامة في العقد الاداري (٢). أما الشروط التي تخول الادارة سلطة الرقابـــة والتوجيه أثناء تنفيذ العقد فليست بالضرورة أن تكون في جميع الأحوال استثنائية، بمعنى أنه من الجائز أن نقابل بعضا من هذه الشروط في عقود القانون الخاص (٣).

---

(١) - **J. Georgel, J.C.A.**, Fasc. 502, Op. Cit., n°. 86:
"L'Administration peut unilatéralement créer des droits et des obligations et assurer unilatéralement l'exécution des obligations existant à son profit".

(٢) - C.E. 6 mai 1985, Ricard, Rec. p. 144, R.F.D.A., 1985, p. 697.

(٣) - **A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé,** T.C.A,. 2e éd., t. 1, Op. Cit., p. 221: "Il existe des types de contrats civils qui impliquent ou reconnaissent un certains contrôle de l'un des contractants sur l'autre...".

ولكن لكى توصف هذه الشروط بالطابع الاستثنائى يجب أن تتضمن سلطـــــات أوسع ودرجة من التدخل فى الاشراف على تنفيذ العقد أعلى من تلك التى يمكـن أن نقابلها فى عقود الأفراد ٠ وعلى كل حال فتقدير مدى تجاوز شروط الرقابـة والتوجيه لما يمكن أن يكون عليه الحال فى عقود القانون الخاص من المسائـل المتروكة لتقدير القاضى وفقا لظروف الحـــال ٠ وليس أدل على ذلك مـــــن أن القضاء الفرنسى قد أقر الطابـــع الاستثنائى لبعض تلك الشروط التى تنص علـــى حق الادارة فى الرقابة ، (١) ورفض فى حالات أخرى اعتبار العقداداريا استنادا الى أن الشروط المتعلقة بحق الرقابة التى تضمنها العقد غير كافية لتقديــــر الطبيعة الادارية للعقد لعدم تجاوزها حق الرقابة الذى يمكن أن نصادفـه فى عقود القانون الخاص (٢) .

وبالاضافة الى ذلك فان الشروط التى تنص على حق الادارة فى فسـخ العقد ،ليست فى جميع الأحوال شروطا استثنائية ويمكن استنباط ذلك مـن الأحكام العديدة لمجلس الدولة الفرنسى التى لم تسلم بالطبيعة الاستثنائيـة لشرط الفسخ كلما تبين تطابقـــه مع التنظيـــم الوارد بالمواد١١٨٣ ، ١١٨٤

---

(١) على سبيل المثال :

- T.C. 7 juillet 1980, Sté d'exploitation touristique de la Haute Maurienne, A.J.D.A., 1981. 48, note A. De Laubadère:

(سلطة النقابة فى الرقابة على عمال المطعم الذى يستغله المتعاقد وسلطتها فى رقابة الأسعار) ٠

(٢) - C.E. 26 janvier 1951, Sté anonyme minière, Recp. p. 49: "La circonstance que le centre de conditionnement où la société requérante exécutait ses travaux était placé sous le contrôle de l'administration des Eaux et Forêts n'imprime pas au contrat un caractère administratif".

من القانون المدني الفرنسي [١] . وفي حالات أخرى سلم المجلس بالطبيعة الاستثنائية لشرط الفسخ وبصفة خاصة في حالة الفسخ دون اعذار سابق والفسخ بدون تعويض . [٢]

ومما يوكد أن الأمر متروك للقاضي حسب ظروف الحال أنه حتى في حالة النص في العقد على شرط الفسخ دون اعذار سابق ، فان محكمة النقض الفرنسية في حكم حديث لها صادر بتاريخ ٢٤ مارس ١٩٨٧ رفضت اعتباره شرطا استثنائيا من القانون الخاص [٣] . ولذلك فاننا لا نؤيد ماذهب اليه البعض [٤] من أن القضاء الفرنسي يوكد الطبيعة الاستثنائية لشرط الفسخ، الذي تمارسه الادارة في مواجهة المتعاقد معها . فهذا القول على اطلاقه لا يؤيده القضاء الفرنسي الاداري والعادي على السواء .

---

(١) - Concl. Baudovin, sur C.E. 6 novembre 1970, Sté anonyme touristique du Lautaret, A.J.D.A., 1971, p. 105: "La clause de résiliation... conforme aux prévisions des articles 1183 et 1184 du code civil.. cette clause ne revêt finalement aucun caractère exorbitant du droit commun des contrats".

(٢) - C.E. 21 décembre 1960, Favier, p. 720: "... clause prévoyant le pouvoir de résilier le marché sans mise en demeure préalable et sans indemnité".

(٣) - Civ. 1re 24 mars 1987, JR, p. 83, 1987, IV, p. 190.

ويتعلق بشرط الفسخ دون اعذار سابق في حالة اخلال المتعاقد بالتزاماته: "une clause de résiliation sans mise en demeur: préalable, en cas de manquement du cocontractant à ses obligations".

ويراجع من أحكام مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد :

- C.E. 19 février 1988, Sarl Pore Gestion, D. 1988, IR, p. 76, D.A. 1988, n°. 175.

(٤) دكتورة ثورية لعيوني ، معيار العقد الاداري ، المرجع السابق ، ص ٢١٥ .

ب ـ الشروط التي تتضمن منح المتعاقد سلطات أو امتيازات في مواجهة الغير

"Clauses conférant au cocontractant des pouvoirs sur les tiers".

وهي شروط غريبة بطبيعتها عما يمكن أن تتضمنه عقود القانون الخاص ، ذلك أن المتعاقد يتلقى بمقتضاها تفويضا بممارسة بعض امتيازات السلطة العامة (١) ، ومثالها الشروط التي تمنح الملتزم حق تحصيل الرسوم من المنتفعين بالمرفق العام وتلك التي تمنحه حق ممارسة بعض سلطات البوليس والحق في الانتفاع بالارتفاقات على الدومين العام والشروط التي تجعل الملتزم صاحب احتكار فعلي وتحد في ذات الوقت من حرية المنشآت المنافسة (٢) . أيضا في عقود الاشغال العامة كثيرا مانصادف أمثلة لهذه الطائفة من الشروط كتلك التي تخول المتعاقد حق الاستيلاء الموقت على العقارات (٣) "Occupation temporaire" الى آخر الأمثلة التي تذخر بها كتب الفقه . (٤)

---

(١) - J. Georgel, J.C.A., Fasc. 502, Op. Cit., n°. 97.

(٢) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 1, Op. Cit., p. 222; J.M. Auby et R. Drago, Traité de contentieux administratif, Op. Cit., p. 467.

(٣) ويرى الاستاذ ـ جاك جورجيل ـ أن حق الاستيلاء الموقت على العقارات ليس محصورا في عقود الاشغال العامة فقط وانما يمكن أن نصادفه احيانا في عقود أخرى .يراجع في التفاصيل مقاله السابق ذكره عن العقود الادارية بطبيعتها،والمنشور بمجموعة "J.C.A." ملزمة ٥٠٢ ، فقرة رقم ١٠٠ .

(٤) على سبيل المثال مؤلف أستاذنا الدكتور سليمان الطماوي ، العقود ، المرجع السابق،ص ٨٣ ، ص ٨٤ .

(٢) الشروط التى تحمل طابع القانون العام ولا يمكن تفسيرها الا على ضوء نظريات القانون الاداري :

وهذه الطائفة من الشروط يكفي لاعتبارها استثنائية من القانون الخاص أن تبدو وكأنها مستوحاة من المبادىء والقواعد الأساسية لقانون العقود الادارية . وبتعبير أعم وكأنها تحمل الطابع الاداري (١) ، "Porte la marque administrative" حتى ولو لم تكن مستندة الى امتيازات الادارة . ومثال تلك الشروط مايعد تطبيقا لقواعد النظرية الادارية للظروف الطارئة وبصفة عامة نظرية التوازن المالي للعقد الاداري (٢) . وبالاضافة الى ذلك فان الفقه يشير الى بعض الشروط التى تستوحى من اعتبارات وأهداف خاصة بالقانون العام والمتمثلة في الصالح العام الذي يبرزها ويجعلها شروطا غير قابلة لأن تُضمّن في الارتباطات العقدية بين الأفراد (٣) . ومن قبيل هذه الشروط، النصوص

(١) ويلاحظ أن هذا التعبير درج مفوضو الحكومة فى فرنسا على استخدامه وبصفة خاصة عند رفض الطبيعة الاستثنائية للشروط الواردة فى العقد وعلى سبيل المثال تعليق مفوض الحكومة "M. Long" فى قضية الزوجين " برتان " السابق الاشارة اليها حيث يقول :

- "Nous ne trouvons pas la marque du droit public dans les clauses invoquées devant nous".

(٢) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 1, Op. Cit., p. 226: "Les règles relatives à la théorie administrative de l'imprévision ou plus généralement de l'équilibre financier du contrat".

(٣) - J. Georgel, J.C.A., Fasc. 502, Op. Cit., no. 120: "Clauses inspirées d'un souci manifeste de l'intérêt générale".

المدرجة بوثائق التأمين البحري والتي تستند الى اعتبارات الصالح العام حيث تخضع دفع التعويض لشرط شراء سفينة جديدة وهو مايطلق عليه شرط الاستبدال (١)؛ وأيضا الشروط التي تفرض على المتعاقد مع الادارة التزامات معينة لمصلحة جمهور المنتفعين بالمرفق . (٢)

(٣) الشروط غير المألوفة في العقود المدنية :

"Clauses inhabituelles dans les contrats civils"

نظرا لأن هذه الطائفة من الشروط من النادر أن نقابلها في عقود الافراد لعدم انسجامها مع المبادىء القانونية التي تنظم العلاقات التعاقدية الفردية (٣) ، الا أنها مع ندرتها ومخالفتها للمألوف في عقود الأفراد ليست مستحيلة في تلك العقود . وهو مايتيح حرية واسعة للقاضي في تقدير المدى الذي تسهم به مثل تلك الشروط في صبغ العقد بالطابع الاستثنائي ، نظرا لعدم وجود تعريف محدد للشرط غير المألوف في عقود الافراد .

ذلك أنه بموجب مبدأ الحرية التعاقدية "La liberté contractuelle" ليس هناك مايدعو الى القول أن شرطا غير مألوف اليوم سيظل بهذا الوصف غدا (٤) . ولذلك فان الطابع غير المألوف

---

(١) - C.E. 23 mars 1924, Sté des affréteurs réunis, S. 1926, 3, 10, Concl. Rivet.

(٢) - T.C. 7 juillet 1980, Sté d'exploitation touristique de la Haute-Maurienne, précité.

(٣) - **G. Vedel**, "Remarques sur la notion des clauses exorbitantes", article précité, Mélanges Mestre, p. 552.

(٤) - **J. Georgel**, J.C.A., Fasc. 502, Op. Cit., n°. 112: "... rien ne dit qu'une clauses inhabituelle aujourd'hui le sera encore demain".

لا يكفي لتعريف الشروط الاستثنائية الا أنها يمكن أن تصلح أساسا لتمييز العقد الاداري مع غيرها من الشروط الاخرى[(١)].

ومن أمثلة الشروط غير المألوفة التي كانت مجالا خصبا لقضاء مجلس الدولة المصري ، الشروط التي تقرر حق الجهة الادارية في توقيع بعض الجزاءات على المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته[(٢)]، وأيضا الشروط المتعلقة بالالتزام بالخدمة في عقود التعهد بالانتظام في الدراسة وخدمة الدولة[(٣)].

(٤) الشروط التي تتضمن احالة لدفاتر شروط الادارة :

"Référence à un cahier des charges d'une administration"

اذا أحال العقد الخالي من اي شرط استثنائي الى أحد دفاتر الشروط التي تعدها الادارة لتنظيم طوائف مختلفة من عقودها الادارية ، فهل تعد هذه الاحالة في حد ذاتها بمثابة شرط استثنائي يمكن أن يصبغ العقد بالطابع الاداري ؟. المتتبع لقضاء مجلس الدولة الفرنسي يجد تحولا في هذا الشأن

---

(١) دكتورة ثورية لعيوني ــ معيار تمييز العقد الاداري ــ المرجع السابق ، ص ٢٢١ .

(٢) يراجع حكم المحكمة الادارية العليا في القضية رقم ١٨٨٩ لسنة ٧ ق في ١٩٦٢/٣/٣١ ــ سبقت الاشارة اليه ــ وأيضا حكمها في الطعن رقم ١٧٧٢ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٨٥/٢/٥ ــ مجموعة س ٣٠ ص ٥٥٩ .

(٣) يراجع حكم المحكمة الادارية العليا في الطعن رقم ١١٩٥ لسنة ٢٨ ق بتاريخ ٩ ابريل سنة ١٩٨٥ ــ سبقت الاشارة اليه .
وأيضا حكمها بجلسة ١٩٨٥/٤/٢٣ في الطعن رقم ١٢٦٦ لسنة ٢٨ ق " غير منشور ".
وكذلك حكمها بجلسة ١٩٨٥/٦/١١ في الطعن رقم ١٢٢٧ لسنة ٢٧ ق " غير منشور " .

أثار تعليقات العديد من الفقهاء[١] . فلقد استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي قرابة الثلاثين عاما على فكرة الأثر المفيد للاحالة "Effet utile" بمعني أن الاحالة لأحد دفاتر الشروط العامة لا تعتبر ذات أثر في تحديد الطبيعة الادارية للعقد الا اذا كانت الشروط الواردة في الدفتر المحال اليه هي بذاتها استثنائية من القانون الخاص[٢] . أما اذا كانت الدفاتر المحال عليها لا تتضمن شروطا غير مألوفة ، فان الاحالة عليها لا تتضمن مايفيد في تحديد طبيعة العقد[٣] "sans effet utile" الا أن مجلس الدولة الفرنسي بحكمه الصادر في ١٧ نوفمبر ١٩٦٧ في قضية "Roudier de la Brille" تخلى عن فكرة الأثر المفيد للاحالة[٤] ، وقرر

---

(١) - A. De Laubadère, J.C. Venezia, Y. Gaudemet, T.D.A.10e éd., t. 1, Op. Cit., p. 604; A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 1, Op. Cit., p. 215 et 216; J. Georgel, J.C.A., Fasc. 502, Op. Cit., nos. 9 et 10; R. Chapus, Droit administratif général, Op. Cit., p. 363; J. Rivero, Droit administratif, Op. Cit., p. 144.

(٢) - C.E. 21 janvier 1938, Bureau de l'édition musico-mecanique, S. 1940. 3. 9, note A. Mestre; 23 février 1940, Trahand, R.D.P. 1945. 225, note Jèze.

(٣) الاستاذ الدكتور سليمان الطماوي — العقود — المرجع السابق ص ٨٤ .

(٤) - C.E. 17 novembre 1967, Roudier de la Brille, Rec. p. 428; A.J.D.A., 1968.98, chron. jurispr. Massot et Dewost.

وانظر في نفس المعنى :

- C.E. 24 novembre 1972, Sté Ateliers de nettoyage de Fontainebleau, Rec. p. 753: "Le marché dont s'agit fait expressement référence à un cahier des prescriptions spéciales .. et à un cahier des prescriptions communes ...; par suite, ce contrat a le caractère d'un contrat administratif ".

أن مجرد الاحالة لدفاتر الشروط العامة تكون بمثابة شرط استثنائي كاف بذاته لصبغ العقد بالطابع الاداري بصرف النظر عن محتوى دفتر الشروط وما اذا كان يتضمن او لا يتضمن شروطا استثنائية (١) . ولقد كان هذا القضاء محلا لانتقاد الفقه ، فالأستاذ دى لوبادير يتساءل عن الأساس المنطقي الذي بني عليه هذا الحكم (٢) . والاستاذ "R. Chapus" يرى أنه لا يمكن تفسيره من الناحية القانونية (٣) . ونظرا لأن هذا القضاء يقوم على أساس تحكمي فنحن نميل الى تأييد الموقف القضائي السابق على حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية

---

(١) يراجع في هذا الصدد أيضا حكم محكمة التنازع الفرنسية بتاريخ ٢٧ يوليو ١٩٢٣ في قضية : "Soc des magasins généraux" المجموعة ص ٥٨١ والذى أشار اليه "M.M. Massot et Dewost" في تحليلهما لحكم مجلس الدولة الذى نحن بصدده ، على اعتبار أن حكم محكمة التنازع يعد اول تطبيق لفكرة ان مجرد الاحالة لدفاتر الشروط العامة هي في حد ذاتها شرط استثنائي ؛

- Chron. Massot et Dewost, Op. Cit., p. 98 et 99: "Un premier courant a vu dans la simple référance à un cahier des clauses et conditions générales une clause en elle-même exorbitante du droit commun. On retrouve cette motivation dans l'arrêt ancien du Tribunal des Conflits 27 juillet 1923 ....".

(٢) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 1, Op. Cit., p. 216.

(٣) - R. Chapus, Droit administratif général, t. 1, Op. Cit., p. 363.

"Roudier de la Brille" . وخيرا فعلت محكمة التنازع الفرنسية حيث عادت وأخذت بفكرة " الاحالة المفيدة " بالاشارة صراحة الى أن مجرد الاحالة الى كراسة الشروط العامة لا يكفي بذاته لصبغ العقد بالطابع الادارى الا اذا كانت كراسة الشروط المحال عليها تحتوى بذاتها على شروط استثنائية من القانون الخاص (١) . ولقد انضم مجلس الدولة الفرنسي للحل الذى أخذت به محكمة التنازع الفرنسية وذلك فى حكم "Commune de Borce" الصادر بتاريخ ٢ اكتوبر ١٩٨١ ، حيث قرر المجلس أن عقد البيع المبرم مع القرية ماهو الا عقد من عقود القانون الخاص نظرا لأن كراسة الشروط المحال عليها لا تتضمن أية شروط تحمل الطابع الاستثنائى من القانون الخاص . (٢)

(٥) الشروط التى تجعل الاختصاص للقضاء الادارى :

اذا كان من المسلم به أن أطراف العقد لا يمكنهم تعديل قواعد الاختصاص حسب رغبتهم ، على اعتبار أن هذه القواعد متعلقة بالنظام

---

(١) - T.C. 10 mai 1971, Sté des laboratoires Derveaux, Dr. adm., 1971, n°. 181.

(٢) - C.E. 2 oct. 1981, Cme de Borce, Rec. p. 642 : " Un contrat de vente de bois passé avec une commune est un contrat de droit privé, en l'absence, dans le cahier des charges ..... auquel il est fait référence, de clauses revêtant un caractère exorbitant du droit commun".

العام[١] . الا أنه قد يحدث أن تضمن الجهة الادارية المتعاقدة بعض العقـود التي تبرمها شرطا بجعل الاختصاص للقضاء الاداري في حالة المنازعات التـي قد تنشأ بمناسبة تنفيذ هذه العقود .

والتساؤل الذي يطرح نفسه في هذا المقام يدور حول القيمة القانونيـة لمثل هذه الشروط والدور الذي تقوم به في تحديد طبيعة العقد. بدايـة لا قيمة اطلاقا لشرط الاختصاص الا اذا كان متفقا وطبيعة العقد[٢] .

ويرى أستاذنا الدكتور سليمان الطماوي أن فائدة الشرط تتجلى في حالـة ما اذا كانت طبيعة العقد غير واضحة ، بمعنى أن العقد الذي ورد به الشـرط قد يكون اداريا أو خاصا وفقا لارادة المتعاقدين ، هنا يكون شرط الاختصاص بالاضافة الى القرائن الأخرى ، العامل الحاسم في ابراز صفة العقـد الادارية[٣] .

والقضاء الفرنسي يسير على هذا النهج حيث يعتبر مثل هذه الشـروط وكأنها اعلان عن النية المشتركة للمتعاقدين لاخضاع عقدهم للنظام القانونـي للعقود الادارية ، وذلك في حالة الشك في طبيعة العقد[٤] .

---

(١) - **J. Georgel,** J.C.A., Fasc. 502, Op. Cit., nº. 116.

(٢) - **J.M. Auby et R. Drago,** Traité de contentieux administratif, t. 1, Op. Cit., p. 466: "Les stipulations attributives de compétence à une juridiction sont sans valeur si elles ne sont pas conformes à la nature du contrat".

(٣) الاستاذ الدكتور سليمان الطماوي ـ العقود ـ المرجع السابـق ، ص ٨٦.

(٤) - T.C. 19 juin 1952, sté interprofessionnelle de Viandes, Rec. p. 629.

الفـــرع الثالـــث

القيمة القانونية لمعيار العناصر الاستثنائية ومدى كفايته استقلالا عن معيار المرفق العـــام

سبق أن اوضحنا في التمهيد لهذا المبحث وبناء على ما استقر عليه قضـــاء مجلس الدولة الفرنسي منذ عام ١٩٥٧ أن هنالك معيارين كل منهما كاف بذاتـــه لصبغ العقد بالطابع الاداري ، وهما معيار اشتراك المتعاقد في تنفيذ المرفـــق العام ومعيار العناصر الاستثنائية من القانون الخاص بصورتيه سواء بتضميـــن العقد شروطا استثنائية أو أن يكون العقد ــ رغم عدم احتوائه على شـــروط استثنائية ــ خاضعا لنظام قانوني استثنائي فرضه القانون . وذكرنا تأييـــدا لرأينا المتمثل في أن مجلس الدولة الفرنسي استقر على هذا المعيار الاختياري ، حكم المجلس الصادر في ١٠ يونيو ١٩٨٨ في قضية "Sté Comptoir D'Électricité Franco-Belge" (١)

ونرى أنه طبقا لما استقر عليه القضاء الفرنسي فان هذا المعيار محـــض اختياري " alternatif " بمعنى أنه ليس هنالك معيار له قيمة أعلـــى من المعيار الآخر ، فهما على قدم المساواة مما يعني أن القاضي ليس ملزمـــا باتباع تسلسل معين من معيار الى آخر ، كما أنه ليس هنالك معيار أساســـي "critère essentiel" وآخر ذو صفة احتياطية "critère subsidiaire" (٢) ولذلك فاننا لا نؤيد ماذهب اليه الأستاذ "Amselek"

---

(١) - C.E. 10 juin 1988, Sté Comptoir D'Électricité Franco-Belge c. Ville De Paris, précité.

(٢) يراجع في هذا الصدد :

- T.C. 7 juillet 1980, Société d'exploitation touristique de la Haute-Maurienne, précité: "Un contrat est administratif dès lors qu'il contient des clauses exorbitantes du droit privé sans qu'il soit besoin de rechercher si le cocontractant de la personne publique participe à l'exécution même d'un service public".

فى أنه يوجد معيار أساسى يتمثل فى الشروط الاستثنائية ومعيار احتياطى يكمن فى موضوع العقد ومدى اتصاله بالمرفق العام [١] . كما لا نؤيد بنفس الدرجة ما ذهب اليه الاستاذ "Rainaud" من أن اشتراك المتعاقد فى تنفيذ المرفق العام يشكل المعيار الأساسى وأن الشرط الاستثنائى ماهو الا عنصر لتحديد محتوى العقد . [٢]

ويمكن تحديد اتجاهات الفقه الفرنسى فى هذا الصدد فى ثلاث اتجاهات أساسية : الاتجاه الأول : يذهب الى أن معيار الشروط الاستثنائية لم يعد يحتل المرتبة التى كان يشغلها وأنه ليس الا معيارا احتياطيا [٣] بالنسبة

= وأيضا فى نفس المعنى

- C.E. 13 novembre 1981, Soc les Papeteries de la Madeleine, R.D.P., 1983, 231.

(١) - **P. Amselek**, "La qualification des contrats de l'administration par la jurisprudence", A.J.D.A., 1983, p. 3.

(٢) - **J.M. Rainaud**, "Le contrat administratif: volonté des parties ou loi de service public?", R.D.P., 1985, p. 1183.

وانظر أيضا :

- **J. Lamarque**, "Le déclin de la clause exorbitante", in Mélanges Marcel Waline, t. II, 1974, p. 497; **Y. Gaudemet**, Revue de jurisprudence administrative, R.D.P. 1982, p. 530: ".... Une tendance des arrêts à n'utiliser que rarement et avec précaution le critère de la clause exorbitante".

(٣) من هذا الاتجاه

- **P. Weil**, Article précité, in Mélanges Waline, t. II, p. 831; F.P. Benoit, Le droit administrative français, Op. Cit., p. 598; R. Odent, "Contentieux administratif", Les Cours de droit, 1970-1971, p. 432; 1979-1981, p. 567.

المعيار المتعلق بموضوع العقد المتمثل فى الاشتراك فى تسيير وتنفيذ المرفق العام • الاتجاه الثاني : على العكس من الاتجاه الأول ، يذهب الى أن معيار الشروط الاستثنائية هو المعيار الأساسي فى التعرف على طبيعة العقد وأن معيار موضوع العقد ليس الا معيارا احتياطيا • (١)

= ويلاحظ أن الأستاذ "R. Odent"

فى طبعة ١٩٧٠ ــ ١٩٧١ استخدم عبارة:

"Le critère tiré des clauses exorbitantes ne joue plus qu'un rôle subsidiaire".

فى حين أنه استخدم تعبير أكثر دقة فى التعبير عن وجهة نظره فى طبعة ١٩٧٩ ــ ١٩٨١:

"Le critère tiré des clauses exorbitantes ne joue plus ou ne devrait plus jouer qu'un rôle subsidiaire".

(١) - **P. Amselek**, Note précitée, R. adm. 1973, p. 633; Article précité, A.J.D.A., 1983, p. 3.

ويلاحظ أن **"Amselek"** بعد أن استعرض فى هذا المقال الآراء المختلفة فى الفقه حول القيمة القانونية لمعيار الشروط الاستثنائية ، انتهى الى وجود أكثر من معيار للتعرف على طبيعة العقد ولم يحصر ذلك فى معيارين فقط ، وأن هذه المعايير ماهى الا عناصر فى نظام متدرج ومغلبا فى النهاية معيار الشروط الاستثنائية :

"Il existe plusieurs critères généraux

الاتجاه الثالث : ويمثله الاستاذ " دى لوبادير " يرى أن المعيار الحالــــى ماهو الا معيار اختيارى ويترك للقاضى فى تكييفه لطبيعة العقد حرية اللجوء لأى من المعيارين ، دون ادعاء بأهميـــــة معيار دون الاخر (١) . واذا تركنا الجدل الفقهى القائم أساسا بين أنصار مدرسة السلطة العامة وأنصـــــار مدرسة المرفق العام والذى ترك بصمات واضحة على آراء كل فريق فيما يتعلق بمعيار تمييز العقد الادارى ابتداء من الاستاذ " هوريو " ومرورا بالأستـــاذ "Chapus" وانتهاء بالأستـــــاذ "Rainaud" ، وانتقلنا الى موقف القضاء والفقه المصرى ، فالملاحظ أن قضاء مجلس الدولة المصـــرى قد استقر على الأخذ بالمعيار الذى يتطلب اجتماع الشروط الثلاث المتمثلـــة

---

d'identification de la nature des contrats de l'Administration;

- Ces critères se présentent comme les élements d'un systèms à structure hiérarchique construit par le juge;
- Le principe du systèms c'est que: les parties sont libres de placer le contrat sous l'emprise du droit public ou du droit privé, leur choix se manifestant par la présence ou l'absence de clauses exorbitantes de droit commun".

(١) - **A. De Laubadère**, note sous T.C. 7 juillet 1980, Sté d'exploitation touristique de la Haute-Maurienne, A.J.D.A., 1981, p. 48.

وفى نفس المعنى انظر تعليق الأستاذ "De Soto" على ذات الحكم والمنشور بمجلة القانون العام : (R.D.P. 1981, 474 et s)

وانظر أيضا :

- **J.M. Auby et R. Drago**, Traité de contentieux administratif, Op. Cit., p. 468.

فى أن يكون أحد أطراف العقد من أشخاص القانون العام، وأن يتصل العقد بتسيير أحد المرافق العامة مع الأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامه سواء بتضمين العقد شروطا استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص أو كانت تلك الشروط مقررة بمقتضى القوانين واللوائح (١) . هذا الموقف الذى التزمه القضاء المصرى وأصر عليه حتى الان هو ذاته ما يأخذ به غالبية الفقهاء فى مصر (٢)، على التفصيل السابق بيانه عند تعرضنا لشرط اتصال العقد بالمرفق العام .

---

(١) تراجع الأحكام التى أشرنا اليها فى بداية هذا البحث .

(٢) على سبيل المثال :

الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى ــ العقود ــ المرجع السابق ص ٩٢ .

الأستاذ الدكتور فؤاد العطار ــ القانون الادارى ــ الطبعة الثالثة ١٩٧٦ ، ص ٥٧٧ .

الأستاذ الدكتور طعيمة الجرف ــ القانون الادارى ، دراسة مقارنة فى تنظيم ونشاط الادارة العامة، ١٩٧٠، ص ٢٩٧ ومابعدها .

الدكتور على الفحام ، سلطة الادارة فى تعديل العقد الادارى ، المرجع السابق ص ٤٣ .

الدكتور زكى محمد النجار ، رسالته السابق ذكرها ــ ص ٢٢ .

المبحـــث الثانـــــى

مجال كل من النظريات الثلاث يشمل جميع العقود الاداريـــــــــة

انطلاقا من الطبيعة الذاتية للعقود الادارية ومدى صلة العقـــد الادارى بالمرفق العام وضرورة استدامته وحسن سيره ، وبالنظر الى سلطـــــات الادارة الخطيرة فى مواجهة المتعاقد معها وحتى يمكن الموازنة بين تلك السلطات وحقـوق المتعاقد المقابلة لها (١) ، هذا المتعاقد وان كان معاونا للادارة فـــى أداء رسالتها باعتبارها الساهرة على حسن سير المرافق العامة الا أنه يسعى الى الربح شأنه كأى متعاقد آخر فى مجال القانون الخاص ٠

وانطلاقا من ذلك خلق مجلس الدولة الفرنسي نظريات عمل الأمير والظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة واضعا نصب عينيه اعتبارات العدالـــــة والطبيعة الذاتية للعقود الادارية ٠ فالقاضى الادارى ليس معصوب العينيـــن ، وانما وفق كـــل تلك الاعتبارات عليه أن يبحث عن نقطة التوازن بين المصالـح العامة والخاصة.وهو وان كان يغلب الصالح العام الا انه ازاء الظروف غيـــر المتوقعة التى قد يصادفها المتعاقد مع الادارة ، فان العدالة وضرورات سيـــر المرافق العامة تقتضى تمكين المتعاقد من مواجهـة هذه الظروف وتشجيعـــا لغيره على التعاقد مع الادارة٠

ولذلك فان مجال تطبيق هذه النظريات الثلاث يشمل جميع العقـــود الادارية دون تفرقـــة بين عقد وآخر (٢) ، تأسيسا على اتحاد العلـــــة

---

(١) الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى ، العقود ــ المرجع السابـــق ــ ص ٦٦٧٠

(٢) - A. De Laubadère, J.C. Venezia, Y. Gaudemet, T.D.A., 10e éd., t. 1, Op. Cit., p. 637.

والحكمة التى تقوم عليها هذه النظريات . ولكن ليس معنى ذلك تطبيق النظريات على أي عقد اداري كائنا ماكان ، وانما تلك العقود التى تستوفى الشروط العامة لتطبيق أى نظرية من النظريات الثلاث والقابلة للتحقق فى الواقع العملى (١) .

ومن حيث المبدأ ، عند محاولة التعرض لبحث مجال تطبيق النظريات الثلاث فانه يجب أن يوضع فى الاعتبار بحث مجال التطبيق المكانى والزمانى من جانب ، ومجال التطبيق الموضوعي والشخصي من جانب آخر .

ولا توجد مشكلة فيما يتعلق بمجال تطبيق النظريات من حيث المكان والزمان . فكل العقود المتعلقة بالقانون الاداري المصري قابلة لأن تستفيد من تطبيق النظريات عند الاقتضاء بشرط توافر شروط تطبيقها ، وسواء أكانت مبرمة أو منفذة فى الوطن أو فى الخارج (٢) . فلا يوجد منطقيا ما يؤدى الى المغايرة فى مجال التطبيق بالنسبة لعنصر المكان ونفس

---

(١) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., pp. 499-571.

(٢) بالنسبة للعقود المبرمة أو المنفذة فى فرنسا أو فى خارجها : يراجع مؤلف الأستاذ " دى لوبادير " العقود ، الجزء الثاني الطبعة الثانية ، المرجع السابق ص ٥٦٩ .
حيث يقول :

"Il n'y a pas de problème d'application geographique: tous les contrats relevant du droit administrative français sont susceptibles d'en béneficier, qu'ils soient conclus ou exécutés en France ou à l'étranger".

الشيء أيضا فيما يتعلق بمجال التطبيق الزمني • وحتى بالنسبة لنظريـــة الظروف الطارئة "L'imprévision" والتي قد يثار جدل حـــول أهميـــة عنصر الزمن بالنسبة لها كما سنرى عند التعرض لشروط نشـــوء حالة الظرف الطارىء ، فان عنصر الزمن في رأينا لا يتعلق بمجال تطبيـــق النظرية وانما بتوافر حالة الظرف الطارىء في حد ذاته ، بما أن هناك تغير في الظروف عما كانت عليه عند ابرام العقد والتي أدت الى نشوء هذه الحالـــة • ولذلك يجب عدم الخلط بين مجال التطبيق وتوافر أو عدم توافر شروط تطبيق أيا من النظريات الثلاث • لا يتبقى اذن الا مجال التطبيق الموضوعـــي والشخصي والذي يثير عددا من التساؤلات من الناحية العملية ، وهـــو ما سنتعرض له في المطلبين التاليين :

المطلب الأول : مجال التطبيق الموضوعي •

المطلب الثاني : مجال التطبيق الشخصي •

المطلــــب الأول

مجال التطبيــق الموضوعــي

يقصد بمجال التطبيق الموضوعي أو المادي "Le champ d'application matériel " لأي نظرية من النظريات الثلاث ، الاجابة عـــن تساؤل محدد : هل تطبق النظريات على أي صنف من العقود الاداريـــة؟ أم أن هناك من الناحية العملية مجموعة من العقود الادارية غير قابلة بحسب طبيعتها أو موضوعها أن تكون محلا لتطبيق احدى هذه النظريات؟ في مجال الاجابة عن هذا التساؤل سنتناول في فروع ثلاثة ، مجال التطبيق الموضوعي فيما يتعلق بنظرية الظروف الطارئة ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعـــة ونظرية عمل الأمير .

الفرع الأول

مجال التطبيق الموضوعي لنظرية الظروف الطارئـــة

نظرا لأن نظرية الظروف الطارئة من النظريات المقننة تشريعيا فـــي مصر سواء في مجال القانون المدني او القانون الاداري [١] ، فانها قابلة للتطبيق على جميع عقود الادارة الادارية والمدنية على السواء. [٢] الا أن الأمر علـــى

(١) فقد نصت عليها المادة السادسة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ المتعلق بالتزامـــات المرافق العامـــة ثم جاء القانون المدنـــي الجديد في مصر بنقـل نظرية الظروف الطارئة الى مجال عقـــود القانون الخاص وذلك في الفقـــرة الثانيـــــة من المـــادة ١٤٧. ولم يكن لحكم الفقـــرة الثانية مقابل في التقنين المدني القديــــم ولذا كان القضاء مستقـــرا على عدم الأخذ بالنظريـــة . (راجـــع في ذلك نقـــض ١٤/١/١٩٣٢ ـــ م ق م ـــ ١ ـــ ٨١٨) .

(٢) الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي ، العقود ، المرجع السابـــق ص ٦٠٥ . وفي نفس المعنى يراجع : رسالة الدكتور محمد سعيد امين ـــ الأسس العامة لالتزامات وحقوق المتعاقد مع الادارة ، المرجع السابق ص ٦٢٦. وأيضا رسالة الأستاذ الدكتور عبدالحميد حشيش ، السابق الاشارة اليها ، ص ١٠٢.

خلاف ذلك في فرنسا ، حيث نشأت النظرية نشأة قضائية بالحكم الشهير لمجلس الدولة الفرنسي في قضية غاز بوردو في ٣٠ مارس ١٩١٦ . الا أنها لم تصـغ بنص قانوني وظل مجال تطبيقها محصورا في العقود الادارية بالمعنى الفني. أما بالنسبة لعقود القانون الخاص فان محكمة النقض الفرنسية مازالت عند موقفهـا الأول من رفض تطبيق النظرية ، على اعتبار أن المادة ١١٣٤ من القانـون المدني الفرنسي والتي تقرر القوة الملزمة للعقود تلزم ليس فقط أطراف العقـد ولكن أيضا القاضي بل والمجتمع بأكمله . (١)

ويرجع الأستاذ " جيز " رفض القضاء العادي الفرنسي لمد مجـال تطبيق نظرية الظروف الطارئة لعقود القانون الخاص حتى تلك التي تكـون الادارة أحد أطرافها ، الى أن المتعاقد لا يشترك في مهمة سير المرفـق العام (٢) . واذا كان هذا التبرير هو الأكثر شيوعا في الفقه الفرنسـي، والمصري (٣) ، الا أنه تبرير غير حاسم في رأينا .. حقيقة أن الغرض الأساسي

---

(١) - **A. Weill, F. Terré**, "Droit civil-les obligations", Op. Cit., p. 379: "La force obligatoire des contrats formulée par l'article 1134, s'impose non seulement aux parties, mais aussi au juge et même à la société tout entière".

(٢) - **G. Jèze**, "Les principes généraux du droit administratif. Théorie générale des contrats de l'administration", 3e éd., 1936, 2e partie, p. 476.

(٣) يراجع على سبيل المثال في الفقه الفرنسي الاداري والمدني :

- **A. De Laubadère**, T.C.A., 1e éd., t. 3, Op. cit., p. 74; **G. Péquignot**, "Contribution à la théorie générale du contrat administratif", Thèse Montpellier, 1945, p. 517 et s; **A. Weill, F. Terré**, Droit civil, Op. Cit., p. 386.

ويراجع في الفقه المصري :

الدكتورة عزيزة الشريف، العقد الاداري ،المرجع السابق ،ص ٢٣٢ ، ٢٤٤.

الدكتور محمد سعيد أمين ، رسالته السابق الاشارة اليها ، ص ٦٣٢.

الذى استند اليه مجلس الدولة الفرنسي فى حكمه الشهير فى قضية غاز بـــــوردو عام ١٩١٦ لخلق نظرية الظروف الطارئة كان مستمدا من قاعدة دوام سيـــــر المرافق العامة ، وحقيقة أن هذا الحكم مايزال يحتفظ بأهميته باعتباره دستــور النظرية ، ومع الاعتراف بأهمية الدور الذى تحتله فكرة المرفق العام في تنفيــذ العقد الادارى ، الا أن ذلك ليس المبرر الحقيقى لعدم تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقود الادارة الخاضعة للقانون الخاص فى فرنسا . (١)

فالعقد الادارى لا يتضمن دائما اشتراك المتعاقد فى وظيفة المرفـــق العام ، كما أن مجلس الدولة الفرنسي قد مد مجال تطبيق نظرية الظـــروف الطارئة على فترة لاحقة لانقضاء عقد التزام فى حكمه الهـــام فى قضية شركـــة "Sofilia" (٢) ، وأكثر تحديدا فقد سمح للشركة المدعية بأن تقدم طلبا للتعويض لاحقا لانقضاء عقد الالتزام . وهذا يوضح أن نظرية الظـــروف الطارئة ليست مرتبطة بصفة مطلقة ومانعة بقاعدة ضمان سير المرفق العام ، (٣)

---

(١) - F. Llorens, "Contrat d'entreprise et marché de travaux publics", Thèse, Paris, L.G.D.J., 1981, p. 288 et s.

(٢) - C.E. 12 mars 1976, Département des Hautes-Pyrénées c/Soc. Sofilia: A.J.D.A., 1976, p. 552, Concl. Labetoulle; C.J.E.G., fév. 1977, p. 13; Rec. p. 153.

(٣) - J. Georgel, J.C.A., Fasc. 512, Op. Cit. nº. 80: "... La théorie de l'imprévision n'est pas exclusivement destinée à permettre d'assurer la continuité du service public".

ويراجع أيضا حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر فى ٢٧ يوليو ١٩٥١ ، فى قضية "Ville de Montagnac" والمنشور فى مجموعـــة ليبون ص ٣٤٩ : حيث سمح المجلس بمبدأ التعويض للظروف الطارئة فى حين أن عقد الالتزام كان قد مضى على انقضائه مايقرب من اثنـــى عشر عاما .

وانما هناك اعتبارات أخرى أهمها اعتبارات العدالة (١) ، والتى جعلت المشـــرع المصرى يقر النظرية في نطاق عقود القانون الخاص . وانطلاقا من ذلك فـــان رفض مد مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة فى فرنسا الى عقود القانون الخـاص لا يستند الى الطبيعة الخاصة للعقود المدنية ، كما أن تطبيق النظرية فـــى مجال العقود الادارية لا يعتمدفقط على فكرة المرفق العام واستمراريته المهيمنة على نظرية العقد الادارى وانما السبب الرئيسى يكمن ــ فى رأينا ــ فى السياسة القضائية وفى درجة الحرية الممنوحة للقاضى العادى والادارى فى مواجهـــــة العقد (٢) ، والتى بلا شك تختلف اختلافا كبيرا بين الجهتين القضائيتيـــن . ولعل هذا هو مادعا الفقيه **"Pequignot"** الى تبرير عدم مد مجـــال تطبيق نظرية الظروف الطارئة الى عقود الادارة الخاضعة للقانون الخاص، بأن هذه العقود يختص بالنظر فى منازعاتها ، المحاكم القضائية العادية والتـــى تطبق قواعـــد القانون الخـــاص التى تجهل نظرية الظروف الطارئة. (٣)

---

(١) - **B. Sablier,** Thèse précitée, p. 150 et s.

(٢) - **F. Llorens,** Thèse précitée, p. 297: "Elle resulte du degré de liberté que s'octroient respectivement les juges judiciaire et administratif à l'égard du contrat et de considération de politique jurisprudentielle..".

(٣) - **G. Péquinot,** J.C.A., ancien, Fasc. 511, n°. 423; **M. Waline,** Droit administratif, Op. Cit., p. 14 et s.; **A. Hachich,** Thèse précitée, p. 96.

واذا كانت نظرية الظروف الطارئة لا تطبق الا على العقود الادارية في فرنسا ، الا أن مجال تطبيقها يشمل جميع العقود الادارية اذا توافرت شروط تطبيقها ، كما أن النظرية تطبق على جميع عقود الادارة في مصر ، المدنية والادارية على السواء .(١)

فالأستاذ " جاك جورجيل " يشير الى أن مجال تطبيق النظرية قد شهد تطورا ملحوظا ، فاذا كانت نظرية الظروف الطارئة قد طبقت في الأصل على عقد التزام المرفق العام ، الا أن مجال تطبيقها قد امتد ليشمل كل العقود الادارية(٢) الا أن البعض يذهب الى أن نظرية الظروف الطارئة تطبق على جميع العقود الادارية التي يستغرق تنفيذها فترة من الزمن طويلة نسبيا ، بما يتيحه ذلك من أن يجد خلال فترة التنفيذ من الظروف غير المتوقعة، ما يؤدي الى الاخلال باقتصاديات العقد .(٣)

الا أننا نؤيد ماذهب اليه الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى من أنه ليس ثمة مايمنع من تطبيق نظرية الظروف الطارئة متى توافرت شروطها اذا كان العقد غير متراخ التنفيذ وطرأت الحوادث الاستثنائية عقب ابرامه مباشرة، وان كان ذلك نادر الوقوع عملا .(٤) فالفيصل في تطبيق النظرية هو توافر

---

(١) الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى ، العقود ، المرجع السابق ، ص ٦٠٥ .
ويراجع في نفس المعنى: الأستاذ الدكتور محمود حلمي ، العقد الادارى ، المرجع السابق ، ص ١٢٢ . الأستاذ حسين درويش عبدالعال ، النظرية العامة في العقود الادارية ، الطبعة الأولى سنة ١٩٥٨ ، الجزء الثانى ، ص ١٤٧ .

(٢) - J. Georgel, J.C.A., Fasc. 512, Op. Cit., n°. 76.

(٣) - M. Waline, "Droit administratif", Op. Cit., p. 623; "Précis de droit administratif", éditions Montchrestien, 1969, p. 428.

ويراجع في نفس المعنى :

- R. Chapus, "Droit administratif", t. 1, Op. Cit., p. 750.

(٤) الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى ، العقود ، المرجع السابق ، ص ٦٢٠ .

شروطها بصرف النظر عن ما اذا كان العقد متراخ التنفيذ او غير متراخ، فعـــــدم تطبيق النظرية بالنسبة للعقود قصيرة المدة فى بعض الفروض لا يرجع فى رأينا الى طبيعة خاصة بهذه الطائفة من العقود، وانما فقط بسبب عدم توافر شـــروط تطبيق النظرية ، وبصفة خاصة شرط " عدم التوقع "، والذى لا يكون لـــه فرصة من الناحية العملية للتحقق بسبب قصر مدة تنفيذ العقد .(١)

ويلاحظ أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي قد اعتراه بعض التردد فيمـــا يتعلق بتطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقود الادارية غير متراخيـــــة التنفيذ، وبصفة خاصة فى أحكامه الأولى المتعلقة بمجال تطبيق النظريـــة.(٢)

---

(١) - **A. Hachich**, Thèse précitée, p. 100 et s.

— ويراجع فى نفس المعنى :

- **G. Jèze**, Contrats, 2e partie, Op. Cit., p. 494; A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 571, note 2: "... pratiquement, en pareil cas, la condition d'imprévisibilité aura peu de chances d'être réalisée en fait"; **A. Laguerre**, "Marchés publics et concurrence", Thèse, Paris 10, Nanterre, 1984, p. 484: "... elle est appliquée à tous les marchés même s'ils sont exécutés sur des periodes très courtes".

(٢) يراجع فى هذه الجزئيـــة رسالة الاستاذ الدكتور عبدالحميد حشيش ، المرجع السابق ، ص ١٠٠ ، والأحكـــام التى أشـــــار اليهـــا .

وذلك قبل أن يحسم هذا التردد بمد نطاق تطبيق النظرية لكل العقود الادارية التى يمد فيها المتعاقد الادارة بأداءات أو خدمات من خلال نشاط صناعـــى أو تجارى . (١)

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن " المشرع قد أطلق التعبيـــر بالالتزام التعاقدى دون أن يخصص نوعا من الالتزام التعاقدى بعينه وانمـــا أورد النص عاما بحيث يتسع لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة على جميع العقود التى يفصل بين ابرامها وبين تنفيذها فترة من الزمن ، يطرأ خلالها حـــادث استثنائى عام غير متوقع يؤدى الى جعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين ، فـــان هذه النظرية تنطبق على عقود المدة ذات التنفيذ المستمر أو الدورى ، كمـــا تنطبق على العقود الفورية التى يتفق فيها على أجل لاحق لتنفيذ بعـــض التزامات العاقدين ، لتحقق حكمة التشريع فى الحالتين .. على أنه يشترط لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة ألا يكون تراخى تنفيذ الالتزام الى مابعـــد وقوع الحادث الطارىء ، راجعا الى خطأ المدين " (٢)

---

(١) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 571: "D'une manière générale la théorie de l'imprévision est effectivement susceptible de s'appliquer dans tous les contrats administratifs dans lesquels le cocontractant fournit à l'administration des prestations ou services au moyen d'une activité industrielle ou commerciale".

(٢) حكم محكمة النقض المصرية بتاريخ ١٩٦٣/١/٣ ــ م نقض م ــ ١٤ ــ ٣٧ . وفى نفس المعنى : حكمها الصادر فى ١٩٦٥/٢/١٨ ــ م نقض م ــ ١٦ ــ ١٩٠ . وأيضا نقض ١٩٦٢/١٢/٣٠ ــ م نقـــض م ــ ١٣ ــ ١١٧٤ .

وعلى ذلك فانه يمكن اعمال نظرية الظروف الطارئة في شأن العقود الفورية اذا ما طرأ الحادث فور ابرامها . (١) ولهذا آثر القانون المصري – مقتديا في ذلك بالقانون البولوني – أن يسكت عن شرط التراخي ، فهو شرط غالب ، لا شرط ضروري" (٢) . وعلى ذات النهج سار مجلس الدولة المصري ، فنظرية الظروف الطارئة تطبق على جميع العقود سواء كانت مدة تنفيذها طويلة أو قصيرة . (٣)

فجميع الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الاداري والمحكمة الادارية العليا والمتعلقة بتطبيقات نظرية الظروف الطارئة تستخدم اصطلاح " العقد الاداري " دون أي استلزام لمدة معينة في تنفيذ العقد كشرط لتطبيق

---

(١) الاستاذ محمد كمال عبدالعزيز ، التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه ، الطبعة الثانية ١٩٨٠ ، الجزء الأول في الالتزامات، ص ٤١٦ .

(٢) الأستاذ الدكتور عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المرجع السابق ، ص ٦٤٢ ، ٦٤٣ . وفي نفس المعنى الدكتور محمود حلمي ، العقد الاداري ، المرجع السابق ، ص ١٢٦ .

(٣) - **A. Hachich**, Thèse précitée, p. 102:
"Nous pouvons dire sans aucune hesitation, que la tendance dominante est à l'extension de la théorie a tous les contrats, soit de longue durée, soit de courte durée".

ويراجع في نفس المعنى :

- **Abd El Gawad, M.**, "La force obligatoire du contrat en droit Musulman et la théorie de l'imprévision en droit Égptien", Thèse, Paris, 1957, p. 422 et s.

النظرية . بل ان هذه الاحكام جميعها تكاد تستخدم صيغة تقليدية موحدة تجرى على النحو التالي : " ومن حيث أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة، في الفقه والقضاء الادارى رهين بأن تطرأ خلال تنفيذ العقد الادارى حوادث أو ظروف طبيعية كانت أو اقتصادية أو من عمل جهة ادارية غير الجهة الادارية المتعاقدة أو من عمل انسان آخر، لم تكن في حسبان المتعاقد عند ابرام العقد...... " (١)

وأيا ماكان الأمر ، فان مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة من حيث الواقع العملى مرتبط بتلك العقود التى تستوفى الشروط العامة لتطبيق النظرية ، والقابلة للتحقق في الواقع .

ولكن ليس أي عقد كائنا ماكان يجب أن يستوفى هذه الشروط. ولهذا فان الاستاذ " دى لوبادير " يستبعد من مجال تطبيق النظرية تلك العقود غير المتعلقة بنشاط صناعي أو تجارى ، ويرى أنها لا تنسجم مع ما يتطلبه القضاء من اجتماع شروط محددة لتطبيق النظرية . فنظرية

---

(١) يراجع على سبيل المثال : حكم محكمة القضاء الادارى الصادر فى ١٩٥٧/٦/٣٠ فى القضية رقم ٩٨٣ لسنة ٩ ق - سبقت الاشارة اليها . وحكمها الصادر فى ١٩٦٠/٧/١٤ ، س ١٤ص٤٩٠ وحكمها الصادر فى ١٩٦٠/٤/١٤ ، س ١٤ ص ٣٦ ،وحكمها الصادر فى ١٩٦٠/٦/١٩ ، س ١٤ ص ٢٦١ .

ومن احكام المحكمة الادارية العليا :

حكمها الصادر فى ١٩٦٨/٥/١١ ، س ١٣ ص ٨٧٤ ، سبقت الاشارة اليه .

وحكمها الصادر فى ١٩٧٢/٦/١٧ ، س ١٧ ص ٥٧٦ ، سبقت الاشارة اليه .

وحكمها الصادر فى ١٩٨٢/١١/٢٠ فى الطعنين ٨٤٣ و ٩٢٢ لسنة ٢٦ ق ، المجموعة س ٢٨ ص ٨٦ .

وحكمها الصادر فى ١٩٨٤/١٢/١٨ . فى الطعنين ١٢٢٣ و ١١٢٤ لسنة ٢٧ ق ، سبقت الاشارة اليه .

الظروف الطارئة تفترض الحاق خسائر ونقص في ايرادات المتعاقد من شأنهـــــا أن تؤدي الى قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب . هذا العجز أو الارهـــاق يقدر بالموازنة بين الايرادات والنفقات التي تكبدها المتعاقد أثناء تنفيذ العقـــد والمتعلقة بالنشاط موضوع هذا العقد. ومن ثم ينتهي الأستاذ دى لوبادير الى أنه لا محل للجوء لنظرية الظروف الطارئة الا اذا كان موضوع العقد يشكل علـــى نحو ما ، نشاطا ذو طبيعة صناعية أو تجارية .(١)

ونحن من جانبا نؤيد ماذهب اليه الاستاذ " دى لوبادير" نـــزولا على مقتضيات الواقع العملي ، فلا يتصور أن تطبق نظرية الظروف الطارئـــة على العقود الادارية التي يقتصر فيها نشاط المتعاقد على تقديم خدماتـــــه الشخصية للادارة . فعلى سبيل المثال في عقد الاستخدام ، لا يتصـــور أن الموظف التعاقدي قد يلجأ الى طلب التعويض للظروف الطارئة استنـــادا الى عدم كفاية الأجر الذي يحصل عليه والذي أصبح لا يتناسب وارتفاع تكاليــف

---

(١) - A. De Laubadère, T.C.A., 1e éd., t. 3, Op. Cit., p. 85; 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 572: "L'imprévision suppose un déficit du cocontractant; ce déficit s'apprécie par une balance entre des recettes et des dépenses relatives à l'activité qui fait l'objet du contrat; il en résulte qu'il ne peut y avoir imprévision que lorsque l'objet du contrat consiste en une activité de caractère industriel ou commercial".

ويضرب الأستاذ " دى لوبادير " مثالا لهذه الطائفة من العقـــود التي تستبعد من مجال تطبيق النظرية : عقد الاستخدام ــ عقـــد وكالة مخازن التبغ ــ عقد الاشتراك التليفوني .

المعيشة ، بسبب الانخفاض الحاد وغير المتوقع للقيمة الشرائية للعملة الوطنية مثلا . في هذا الفرض ليس في الامكان اجراء موازنة بين الايرادات والنفقات يمكن تقديرها ، الا أن الأستاذ الدكتور عبدالحميد حشيش يبدو أنه يميل الى مد مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة حتى الى تلك العقود التي يقتصر فيها نشاط المتعاقد على تقديم بعض الخدمات للادارة . بمعنى أنه يرى انه ليس بلازم ان يكون موضوع العقد متصلا حتما بنشاط ذى طبيعة صناعية أو تجارية. ويقرر في هذا الشأن أن الحجة التي قدمها الأستاذ " دى لوبادير " والمتعلقة بأن نظرية الظروف الطارئة حتى تجد مجالا لها في التطبيق العملي ، يجب أن يكون هناك ارهاق أصاب المتعاقد يمكن تقديره بالموازنة بين النفقات والايرادات ـ يمكن دحضها "استنادا الى أن كل نشاط انساني يمكن أن يقدر بالمال وأنه يمكن في هذه الحالة اجراء الموازنة بين القيمة العادية والقيمة المشترطه في العقد" (١) .

ولكن مع تقديرنا الكامل لوجهة النظر هذه الا أنها بعيدة كل البعد عن الواقع العملي ، فمنذ أن خلق مجلس الدولة الفرنسي نظرية الظروف الطارئة بحكمه الشهير في قضية " غاز بوردو " (٢) في ٣٠ مارس عام ١٩١٦

---

(١) - **A. Hachich**, Thèse précitée, p. 116: ".. nous pensons que cet argument est refutable, parce que toute activité humaine peut être évaluée en argent. On peut dans ce cas faire la balance entre le prix normal et le prix stipulé".

(٢) - C.E. 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, Rec. p. 125; Concl. Chardenet; D, 1916, 3, 25, Concl. Chardenet.

وحتى الان ، نستطيع أن نؤكد أنه لا يوجد حكم واحد من بين الأحكـــام الغزيرة التي صدرت عن مجلس الدولة في كل من فرنسا ومصر ، طبقت فيــه النظرية الا وكان موضوع العقد متعلقا بنشاط صناعي أو تجاري • ومن جهـة أخرى فان نظرية الظروف الطارئة تفترض قلب اقتصاديات العقد وهو أمـــر لا يتصور بالنسبة للعقود التي يقتصر فيها نشاط المتعاقد على بعض الأداءات أو الخدمات لجهة الادارة ، ذلك أن قلب اقتصاديات العقد وان كانت مسألـة نسبية تقدر في كل حالة على حدة وتخضع لاعتبارات عديدة ، الا أنها تفتـرض اجراء مقارنة بين الايرادات والنفقات التي استلزمها تنفيذ العقد • ويبـدو أن هذا هو السبب الحقيقي في أن مجال التطبيق العملي للنظرية من خـــلال أحكام مجلس الدولة الفرنسي والمصري متعلق بتلك العقود التي يكون موضوعها متصلا بنشاط صناعي أو تجاري وعلى وجه الخصوص :

ـ عقد امتياز المرفق العام : (١)

وهو المجال الأصيل لتطبيق النظرية والذى أتاح الفرصة للاقـــرار القضائي الأول لها •

كما أنه المجال الأكثر في التطبيق العملي لنظرية الظروف الطارئة.(٢) هذا فضلا عما سبقت الإشارة اليه من أن تلك النظرية قد قررت في مصـــر بنص تشريعـــي لأول مرة بالنسبـــة لعقد الالتزام بالقانـــون رقـم ١٢٩

---

(١) - "La concession de service public".

(٢) - J. Dufau, "Les concessions de service public", éditions du Moniteur, 1979, p. 106; J.C.A., Fasc. 530, 1984, nos. 112 et 113.

لسنة ١٩٤٧ . [١]

ـ عقد التوريد [٢] :

على الرغم من أن بعض المقتطفات من تقرير مفوض الحكومة "Chardenet" في قضية غاز بوردو عام ١٩١٦ كانت تحمل على الاعتقاد بأن مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة محددا بعقود التزام المرفق العام [٣] ، الا أن مجلس الدولة الفرنسي مد مجال تطبيق النظرية لعقود

---

(١) مما يجدر الاشارة اليه في هذا الصدد ، أن أستاذنا الدكتور سليمان الطماوي يرى ـ وبحق ـ أن مجلس الدولة المصري قد سلم بالنظرية منذ أن اختص بالنظر في العقود الادارية ، على أساس أنها من الأحكام الرئيسية التي تقوم عليها فكرة العقد الاداري . ويسجل سيادته ما ارتأته محكمة القضاء الاداري المصرية بخصوص القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ في شأن نظام المرافق العامة التي تدار عن طريق الامتياز ، من حيث أن هذا القانون كاشف ومنظم لما ورد به من أحكام ، وأنه مجرد تقنين لأحكام العقود الادارية في خصوص عقد الامتياز .. يراجع مؤلف الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي في العقود ـ المرجع السابق ، ص ٦٠٥ .

(٢) - "Le marché de fournitures".

(٣) - Concl. Chardenet, sur C.E. 30 mars 1916, Gaz de Bordeaux, R.D.P., 1916, p. 212: "Dans l'affaire actuelle, il ne s'agit pas d'un marché ordinaire de travaux publics ou de fournitures: il s'agit d'une concession qui à pour objet d'assurer un service municipal particulièrement important".

التوريد وذلك فى بداية نشأة النظرية بحكمه الصادر فى ٨ فبراير ١٩١٨ فى قضية "Gaz de Poissy" (١) . فبناء على تقرير مفوض الحكومـــــة "Corneille" في ذلك النزاع ـ والمتعلق بعقد توريد انارة بواسطة شركة لمصلحة السجون ـ أقر مجلس الدولة الفرنسى أن مجال تطبيق نظريـــة الظروف الطارئة لا يتحدد فقط بعقد التزام المرفق العام. واذا كان البعض يؤكد علـــى أن تلك النظرية قلما تطبق الا بالنسبة للعقود التي تحمل خصيصـــة التوريد المتعاقب والمتعدد وأنها نادرا ما تطبق على عقود التوريد ذات الطبيعة الأحادية أو ذات الامد القصير (٢) ، فان ذلك فى رأينا ليس استثناء من المبـدأ وانما يرجع السبب فى ذلك من الناحية العملية فى مثل تلك الحالات الـــى أن شرط عدم التوقع ، كأحد الشروط الرئيسية لتطبيق النظرية ، لا يكون لـــه فرصة التحقق فى الواقع . (٣)

---

(١) - C.E. 8 février 1918, Gaz de Poissy, R.D.P. 1918, p. 237, Concl. Corneille; V. 23 novembre 1956, Hereil, Rec. p. 448.

(٢) - **G. Jèze**, Contrats, 2e partie, Op. Cit., p. 492 et s; Corneille, dans ses conclusions sous C. d'Etat, 8 fév. 1918, Sté d'éclairage de Poissy, Op. Cit., p. 245 et conclusions sous C. d'Etat, 3 décembre 1920, Fromassol, R.D.P., 1921, p. 79; M. Long. P. Weil, G. Braibant, G.A.J.A., Op. Cit., p. 135: "Les conditions de l'imprévision sont plus rarement réunies pour cette catégorie de marchés, dont les délais d'exécution sont généralement courts".

(٣) - **A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé**, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 571; A. Hachich, Thèse précitée, p. 100 et s.

ولذلك فانه عند توافر شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، لا يوجد ما يمنع من مد مجال تطبيقها على أى عقد توريد والزام جهة الادارة المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها فى تحمل نصيب من الخسارة التى حاقت به طوال فترة قيام الظرف الطارىء . (١)

---

(١) فيما يتعلق بتطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقود التوريد يراجع :

- C.E. 5 novembre 1982, sté Propétrol, A.J.D.A., 1983, p. 259, Concl. Labetoulle; J.C.P. 84, éd. G. 2, 20168, note M. Paillet: "La hausse des prix du pétrole aurait seulement autorise la société ... à presenter, une demande d'indemnité fondée sur l'existence d'un fait imprévisible ayant provoqué un déficit d'exploitation de nature à entrainer un bouleversement de l'économie du contrat".

– ويراجع أيضا فى هذا الصدد :

حكم المحكمة الادارية العليا الصادر فى ١٨ ديسمبر ١٩٨٤ ، سبقت الاشارة اليه .

حكم المحكمة الادارية العليا الصادر فى ٢١ يناير ١٩٨٤ فى الطعن رقم ٨٧٧ لسنة ٢٧ ق ، المجموعة س ٢٩ ص ٥٠٥ : "ان ارتفاع أسعار الأصناف والسلع التى تعهد المورد على توريدها ، ارتفاعا باهظا يعتبر ظرفا طارئا لم يكن فى الحسبان توقعه عند التعاقد ... " .

ـ عقد الأشغال العامة : (١)

طبقا لقضاء مطرد لمجلس الدولة الفرنسي واجماع الفقهاء سواء في فرنسا أو مصر ، فان مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة يشمل جميع عقود الاشغال العامة النمطية منها والجزافية ، التي تتضمن تحديدا لكمية الاعمال المطلوبة، وتحديدا اجماليا لما تلتزم بدفعه الادارة من ثمن يقابلها (٢) . كما أن تضمين العقد شرطا خاصا بمراجعة المقابل النقدي المستحق للمتعاقد "Une clause de révision de prix" لا يحول دون تطبيق النظرية (٣).

---

(١) "Le marché de travaux publics"

(٢) - **F. Llorens,** Thèse précitée, p. 284;

J. Montmerle, "Commentaire pratique du cahier des clauses et conditions générales imposées aux entrepreneurs des travaux des ponts et chaussees", 4e éd., 1951, t. 2, pp. 118-119: "Il n'y a pas lieu de distinguer suivant la nature du marché; la théorie de l'imprévision s'applique à tous les marchés de travaux publics, qu'ils soient sur série de prix, sur devis ou à forfait".

ويراجع من أحكام مجلس الدولة الفرنسي على سبيل المثال :

- C.E. 10 mars 1948, Ville de Vannes, A.J. 1948, p. 331, Rec. p. 124: (Clause déclarant que le prix forfaitaire couvre toutes les hausses possibles).

(٣) - **B. Sablier,** Thèse précitée, p. 155.

ويشير الأستاذ " دى لوبادير " الى أن قضاء مجلس الدولة الفرنسى قد صادفه بعض التردد قبل السماح بتطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقود الأشغال العامة ، وذلك لسبب عملى يتمثل فى أن هذه العقود كثيرا ما تتضمن شرط الفسخ اذا تجاوزت زيادة الأسعار ما يعادل سدس ماهو مقدر فى المشروع ، وهو ماكانت تقرره المادة ٣٣ من كراسة الشروط العامة للطرق والكبارى فى فرنسا (١). الا أن شرط الفسخ وفقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسى الحالى لا يحول دون تطبيق النظرية (٢) ، وعند الاقتضاء يمكن الجمع بين طلب الفسخ وتطبيق النظرية (٣) .

---

(١) يراجع حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١١ يوليو ١٩٢٣ فى قضية **"Morelli"** مجموعة ليبون ، ص ٥٦٣ : حيث قضى المجلس بأن النص على شرط الفسخ فى العقد عند مواجهة المتعاقد لظروف طارئة من شأنها قلب اقتصاديات العقد ، يحرم المتعاقد من حق طلب التعويض بناء على نظرية الظروف الطارئة .

(٢) - C.E. 30 octobre 1925, Sieur Mas Gayet, Rec. p. 236; 28 avril 1926, Ministre de la guerre contre Sieur Perperot, Rec. p. 424.

ويراجع مؤلف الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى ـ العقود ـ المرجع السابق ص ٦٤٨ . وفى نفس المعنى رسالة الدكتور محمد سعيد أمين ـ الأسس العامة لالتزامات وحقوق المتعاقد مع الادارة ، المرجع السابق ـ ص ٦٤٨ .

(٣) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 571, note 3: "aujourd'hui une telle disposition contractuelle non seulement n'est pas considérée comme faisant obstacle à l'imprévision, mais encore lorsqu'elle joue, imprévision et résiliation peuvent se cumuler".

واذا كان مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة امتد ليشمل عقود الخدمات وبصفة خاصة عقد النقل "Le marché de transport" وذلك لأول مرة بحكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية "Cie des automobiles postales"(١) فهل يمكن أن تكون نظرية الظروف الطارئة قابلة للتطبيق على عقد تقديم المعاونة "L'offre de concours"(٢) ؟

---

(١) - C.E. 21 juillet 1917, Cie des automobiles postales, S. 1923, 3, 56.

(٢) عقد تقديم المعاونة هو عقد بمقتضاه يتعهد شخص من أشخاص القانون الخاص أو العام بالمساهمة نقدا أو عينا في نفقات مرفق عام أو أشغال عامة ، وقد يكون المتعهد ذا مصلحة في تعهده أو غير ذي مصلحة فيه ، وقد يكون تلقائيا من ذات المتبرع أو بطلب من جهة الادارة، وقد يكون مشروطا أو منجزا ، فاذا ما قبلت الادارة العرض، انعقد بينها وبين الطرف الآخر عقد تقديم المعاونة والذى قد يطلق عليه أيضا عقد المساهمة في مشروع ذى نفع عام ...

انظر في التفاصيل : مؤلف أستاذنا الدكتور سليمان الطماوى ، العقود ، المرجع السابق ، ص ١٢٨ أ - مؤلف الأستاذ الدكتور مصطفى أبوزيد فهمى ، القضاء الادارى ومجلس الدولة ، المرجع السابق ، ص ٢٧٧ . ويراجع في الفقه الفرنسي :

- J. Georgel, "Offres de concours", J.C.A., Fasc. 535, 1987.

ويراجع بصفة خاصة حكم محكمة النقض الفرنسية الذى أشار اليه الأستاذ " جاك جورجيل "، والذى تعرضت فيه المحكمة لتعريف عقد تقديم المعاونة :-

- Cass. civ. 1, 16 oct. 1985, Cne de Thoiry c. S.C.I. Champ Fleuri, Bull. civ. 1, 1985, n°. 265: "L'offre de concours se caractérise par l'engagement, que prend une personne privée ou publique, de fournir à une personne publique, qui l'accepte, de prestations en argent ou nature permettant à cette dernière de réaliser un travail public".

يقرر الاستاذ " دي لوبادير " أنه من الناحية النظرية ، من غير المستبعد أن تطبق النظرية ولكن من الناحية العملية من النادر أن توجد تطبيقات قضائية[(١)] . الا أن الفقيه "Gervais" قد أشار في خصوص مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقود تقديم المعاونة الى حكمين لمجلس الدولة الفرنسي سابقين على عام ١٩١٦:[(٢)]

أحدهما صادر بتاريخ ١٩ مارس سنة ١٩٠٩ (Ville d'Orléans Rec. p. 315) . قضى المجلس أن حالة الظرف الطارىء غير متحققة .

وفي الحكم الآخر الصادر في ٨ مارس ١٨٨٥ (Fontaine, Rec. p. 794) فان مقدم المعاونة قد التزم وتعهد ببناء وصيانة كوبري مدى الحياه ، وعلى أثر افتتاح خط سكة حديدية ، زادت حركة المرور وكثافة السيارات عما كانت عليه بشكل غير متوقع ، هنا حكم المجلس بأن مقدم المعاونة لم يلتزم الا بالصيانة التي تتمشى مع الاستخدام المتوقع الأصلي . ويرى الأستاذ " دي لوبادير " وبحق ـ أن هذا الحكم لا يعتبر تطبيقا سابقا لنظرية الظروف الطارئة ولكن يمكن اعتباره تفسيرا عادلا من القاضي لنطاق التزامات مقدم المعاونة .[(٣)]

---

(١) - A. De Laubadère, T.C.A., 1e éd., t. 3, Op. Cit., p. 84.

(٢) - A. Gervais, "Les offres de concours", Fac. de droit de Beyrouth, 1954, p. 164.

(٣) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 572, note 4:

"... il ne s'agit pas là d'une application anticipée de la théorie de l'imprévision mais d'une interprétation raisonnable par le juge de la portée des obligations de l'offrant".

الفـــرع الثانـــــى
مجال التطبيق الموضوعى لنظرية الصعوبات الماديـــــــة غير المتوقعـــــــــــة

هذه النظرية شأنها شأن كل من نظريتي عمل الأمير والظروف الطارئـــة نظرية عامة ابتدعها القضاء الادارى الفرنسي لتطبق على كافة العقود الادارية التى تستوفي شروط تطبيقها • فالمتعاقد له الحق فى تعويض كامل من خلال زيـــادة أو رفع المقابل النقدى المحدد فى العقد اذا ما صادف أثناء تنفيذ العقد صعوبات مادية ذات طبيعة غير عادية ولا يمكن توقعها بحال من الأحوال عند ابرام العقد ، وتؤدي الى جعل التنفيذ اكثر ارهاقا واشد وطأة • (١)

ونظرا لأن الصعوبات المادية مرتبطة عادة بتنفيذ الأشغال ، فـــان مجال التطبيق الأكثر شيوعا لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة يكون فـــى عقود الأشغال العامة • ولكن لا يستبعد مطلقا أن تطبق النظرية على العقـــود الادارية الاخرى متى استوفت شروط تطبيقها • (٢)

ويؤكد الأستاذ " دى لوبادير " على عمومية مجال تطبيق النظريـــة استنادا الى أن الأسباب التى تبرر منح التعويض بمعرفة الادارة للمتعاقد معها ، لها ما يبررها أيضا بالنسبة لبقية العقود الأخرى تماما مثل عقود الاشغـــال

---

(١) يراجع فتوى الجمعية العموميـــة للقسم الاستشارى رقـــم ٩٥ فى ١٩٦٤/٢/٤ ــ سبقت الاشارة اليها •

(٢) - J. Georgel, J.C.A., Fasc. 512, Op. Cit., n°. 129: "Cette théorie s'est formée en matière de travaux publics, mais rien n'interdit de l'étendre à d'autres matières".

العامة ، وان كان يندر من الناحية العملية أن توجد تطبيقات قضائية لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة خارج نطاق عقود الأشغال العامة(١) . وهو ما أشار اليه الفقيه " جيز " حيث يرى أن حالات الصعوبات المادية غير المتوقعة(٢) في عقود التوريد تعتبر حالات نادرة جدا في الواقع العملي وأنها تظهر في الغالب في صورة أعمال تكميلية ، تطلب من المورد .(٣)

---

(١) - **A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé,** T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 499: "Le champ d'application le plus courant de la théorie des sujétions imprévues est constitue par les marchés de travaux publics... Mais l'ont ne peut exclure absolument que la théorie des sujétions imprévues puisse jouer dans d'autres contrats administratifs".

(٢) ويلاحظ أن الفقيه " جيز " يطلق على الصعوبات المادية غير المتوقعة اصطلاح **"Sujétion extracontractuelle"** على اعتبار أنها صعوبات خارجة عن النطاق التعاقدي وبالتالي خارجة عن توقعات أطراف العقد .

(٣) - **G. Jèze,** Contrats, 2e partie, Op. Cit., p. 805: "Les cas de sujétion extracontractuelle dans les marchés de fournitures sont, par la nature même des choses, très rares dans la pratique. Ces sujétion s'analysent, le plus souvent, dans des travaux supplementaires demandés au fournisseur".

وينتهي الفقيه "جيز" الى أنه أيا كان الامر فان النتيجة التي لا يرقى اليها ادنى شك أن المورد يحصل على تعويض اذا ما واجه صعوبات غير متوقعة شأنه في ذلك شأن مقاول الاشغال العامة .(١) وهو مايعني أن مجال تطبيق النظرية ـ على الاقل من الناحية النظرية ـ لا ينحصر في مجال عقود الاشغال العامة وانما يشمل جميع العقود الادارية ، ولكن ليس أي عقد كائنا ماكان ولكن ذلك الذي يستوفي شروط تطبيق النظرية. وان كان البعض يرى أن مجلس الدولة الفرنسي لم يطبق النظرية الا على عقود الاشغال العامة ، تلك العقود التي تتطلب التعاون الواضح والكامل من جانب الافراد لتحقيق النشاط الاداري .(٢)

وهو مادعا الأستاذ " فيدل " الى القول بأن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، نظرية خاصة ـ من الناحية العملية على الاقل ـ بعقود الاشغال العامة(٣) ، بل ان الاستاذ "Flamme"

---

(١) يراجع حكم مجلس الدولة الفرنسي الذي أشار اليه الفقيه " جيز " والصادر في أول أغسطس ١٩٢٥ في قضية "Grené" المجموعة ص ٩٩٣ ، كمثال لتعويض المتعاقد عن الصعوبات التي واجهها عن أعمال تكميلية (فرز الأخشاب) في عقد توريد .

(٢) - C. Emeri, "De la responsabilité de l'administration a l'égard de ses collaborateurs", Thèse, L.G.D.J., 1966, p. 199.

(٣) - G. Vedel, P. Delvolvé, Droit administratif, Op. Cit., p. 362: "... il s'agit d'une théorie speciale -en pratique du moins- aux marchés de travaux publics".

وهي ذات العبارة التي جاءت بمؤلف العميد " فيدل " في القانون الاداري ـ الطبعة الخامسة ـ ١٩٧٣ ، ص ٢٥٨.

يذهب الى أبعد من ذلك ويقرر صراحة أن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة التي نشأت في مجال عقود الاشغال العامة يجب أن تظل محددة بهذا المجال دون سواه .(١)

الا أن أغلب الفقه الفرنسي والمصري يرى أن النظرية وان كانت قد تكونت في مجال الاشغال العامة الا أنه لا يوجد مايحول دون امتداد نطاق تطبيقها الى المجالات الأخرى اذا ما توافرت شروط تطبيقها (٢) . ومع ذلك

---

(١) - **M. A. Flamme,** "Traité théorique et pratique des marchés publics", Bruxelles, 1969, t. 2, p. 610: "... nous pensons que la théorie des sujétions imprévues, qui s'est élaborée en matière de travaux publics, demeure limitée à ce domaine".

(٢) يراجع على سبيل المثال في الفقه الفرنسي :

- **G. Péquignot,** J.C.A., ancien, Fasc. 515, Op. Cit., n°. 104; F.P. Benoit, Le droit administratif français, Op. Cit., p. 623.

وانظر في الفقه المصري على سبيل المثال :

الأستاذ الدكتور العميد سليمان الطماوي ، العقود ، المرجع السابق، ص ٦٥٠ ، ص ٦٦٦ .

الاستاذ الدكتور أنور أحمد رسلان ، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، بحثه المنشور بمجلة القانون والاقتصاد ، المرجع السابق ، ص ٨٢٦ - وأيضا مذكراته لطلبة الدراسات العليا بكلية الحقوق بجامعة عين شمس ، المرجع السابق ، ص ١٤ .

الدكتور محمد سعيد أمين ، الأسس العامة لالتزامات وحقوق المتعاقد مع الادارة ، المرجع السابق ص ٦١٥ .

الأستاذ الدكتور محمود حلمي ، العقد الاداري ، المرجع السابق ، ص ١٣٢ .

يشير بعض الفقهاء الى ان مجلس الدولة الفرنسي أقل حماسا لمد تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة خارج نطاق عقود الاشغال العامـــة (١)، مستشهدين في ذلك بحكمين لمجلس الدولة الفرنسي:الأول صادر في ٢١ ابريل ١٩٤٤ (٢)، تتلخص وقائعه في أن ملتزما باستغلال أحد المرافق العامة قد تعلل بأن المشروع محل التعاقد قد أصابه ضرر كبير بسبب زلزال شديد ذو طبيعة استثنائية تسبب في تدمير الاسلاك المعدنية (الكابلات) تحت البحر والتي يعتمد عليها في استغلال المرفق ، وذلك للمطالبة برد كافة نفقات الاصلاح والترميم • الا أن مجلس الدولة الفرنسي رفض تعويضه على أساس نظرية الصعوبات غير المتوقعة ، مع السماح للملتزم بالاستفادة من نظرية الظروف الطارئة والتي لا يترتب على تطبيقها — على خلاف نظرية الصعوبات المادية — سوى تعويض جزئي للضرر الذى أصاب المتعاقد •

والحكم الثاني صادر في ١٩٧٧/٧/٢٢ (٣) وفيه قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن الصعوبات التى واجهها الملتزم أثناء تنفيذ عقد الالتزام

---

(١) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 500: "Le Conseil d'Etat semble cependant peu favorable à une extension de la théorie en dehors du marché de travaux publics".

— وفي الفقه المصري يراجع:أستاذنا الدكتور سليمان الطماوي،العقود، المرجع السابق ، ص ٦٥٠•

(٢) - C.E. 21 avril 1944, Cie française des câbles telegraphiques, Rec. 119.

(٣) - C.E. 22 juillet 1977, Sté Nord Océan Poirsos et Cie, Rec. p. 347.

لا تعطى الحق فى التعويض الا اذا كانت ذات طبيعة غير متوقعة وتؤدى الى قلب اقتصاديات العقد ، مما يعتبر احالة الى شروط نظرية الظروف الطارئة . ولكن هل يعنى ذلك تضييق مجال تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة واعتبار نظرية الظروف الطارئة هى البديل عنها فى عقود التزام المرافق العامة[1] ؟ . فى مجال الاجابة عن هذا التساؤل يمكن القول بوجود اتجاهين فى الفقه :

الاتجاه الأول : الاحالة الى نظرية الظروف الطارئة باعتبارها البديل عن نظرية الصعوبات غير المتوقعة فى عقود التزام المرفق العام :

من الواضح أن هذا الاتجاه يضيق من مجال تطبيق نظرية الصعوبات غير المتوقعة ويعتبر أن نظرية الظروف الطارئة هى البديل عنها كلما تعلق الأمر بعقد التزام مرفق عام .

فالأستاذ دى لوبادير على الرغم من تأكيده أن الاسباب التى تبرر منح التعويض بمعرفة الادارة للمتعاقد معها فى حالة الصعوبات غير المتوقعة فى عقود الأشغال العامة ، لها ما يبرزها أيضا فى كافة العقود الادارية الأخرى ، الا أنه يعود فيقرر أن قضاء مجلس الدولة الفرنسى يبدو أقل ميلا الى مد مجال تطبيق نظرية الصعوبات خارج نطاق عقود الاشغال العامة .

ثم يستعرض حكم مجلس الدولة فى قضية الشركة الفرنسية للكابلات

---

(١) الأستاذ الدكتور أنور رسلان ، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، مذكرات لدبلوم العلوم الادارية ، المرجع السابق، ص ١٦ ومابعدها .

التلغرافيـــة للتدليل على اتجاه المجلس (١) . وينتهي الأستاذ " كلـــود ايمبرى " لذات النتيجة حيث يرى أن الظروف الطارئة تبدو كما لو كانت امتدادا لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، وأنها البديل عنها كلما تعلق الأمـــر بعقد التزام . ويرى أن مجلس الدولة الفرنسي يحيل الملتزم الى نظريـــة الظروف الطارئة مستشهدا بحكم المجلس في نزاع شركة الكابلات التلغرافية. (٢)

ونحن من جانبنا لا نميل الى التسليم بأن نظرية الظروف الطارئة هي البديـــل لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، كما نرى أن حكم مجلس الدولـــة الفرنسي في قضية شركة الكابلات التلغرافية لا يصح تفسيره على أنه إحالـــة المتعاقد لنظرية الظروف الطارئة كلما تعلق الأمر بعقد التزام . (٣) كـــل

---

(١) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., pp. 499-500.

وانظر في ذات المعنى في الفقه المصرى :

الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى ، العقود ، المرجع السابق،ص٦٥٠.

(٢) - C. Emeri, Op. Cit., p. 206:

"L'imprévision s'apprécie comme une extension des sujétions imprévues ...., lorsque les sujétions imprévues concernent un contrat de concession, le Conseil d'Etat renvoie le concessionnaire à l'imprévision.."

(٣) يراجع : الأستـاذ الدكتور أنور رسلان ، نظريـــة الصعوبات المادية غير المتوقعـــة ، مذكراتـــه السابـــق الاشـــارة اليهـــا ، ص ١٩.

مافى الأمر أن مجلس الدولة الفرنسى استبعد تطبيق نظرية الصعوبات غير المتوقعة لعدم توافر شروط تطبيقها ، وهو الفيصل فى تطبيق أى نظرية من النظريات الثلاث · هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فلقد كانت الفرصة مواتية للمجلس أن يقرر صراحة – فى قضية شركة الكابلات التلغرافية عام ١٩٤٤ وأيضا فى قضية "Sté Nord Océan" – استبعاد تطبيق نظرية الصعوبات غير المتوقعة على عقود التزام المرفق العام بصفة عامة، الا أن المجلس لم يفعل وقدر أن شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة قد اجتمعت فطبقها على النزاع المعروض بصرف النظر عن طبيعة العقد ذاته وما اذا كان عقد التزام أو أشغال أو أى عقد ادارى آخر ·

الاتجاه الثانى : اتساع نطاق الظرف الطارىء بحيث لا يقتصر على الظروف الاقتصادية وحدها :

أصبح مستقرا فى الوقت الحاضر أن التمييز الكلاسيكى بين المخاطر الاقتصادية والمخاطر الطبيعية والتدخلات الادارية لم يعد له سوى قيمة نسبية ولهذا فان مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة وفقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسى الحديث أصبح أكثر اتساعا بحيث يمكن أن يكون الظرف الطارىء وليد ظروف طبيعية أو اقتصادية أو حتى من عمل الادارة بوجه عام · (١)

ولذا فنحن نؤيد الاتجاه القائل بأن مجلس الدولة الفرنسى لم يستبعد تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة فى قضية شركة الكابلات التلغرافية ، لأنها لا تطبق على عقود التزام المرافق العامة ولكن

---

(١) - C. Bettinger. La concession de service public et de travaux publics, Op. Cit., p. 132.

لعدم توافر شروط تطبيقها ، وأن هذا الحكم مثال للظرف الطارئ الناتج من مخاطر طبيعية . (١)

حيث قدر المجلس توافر شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة على النزاع وكان من المنطقي أن تطبق تلك النظرية في قضية شركة الكابلات التلغرافية وأيضا في قضية "Sté Nord Océan". وعلى ذلك فان الندرة العملية لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة على غير عقود الأشغال العامة لا يجب أن ينظر اليه على أنه تحديد لمجال تطبيق تلك النظرية في نطاق تلك العقود وحدها . ولكن يجب أن يوضع في الاعتبار أن الفيصل في التطبيق يرجع الى توافر شروط تطبيق النظرية ، والتي تسمح طبيعة عقود الأشغال العامة بتوافرها من الناحية العملية. واذا كانت نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة نظرية عامة تطبق على كل العقود الادارية اذا ما توافرت شروط تطبيقها ، فهل يمكن أن تجد مجالا للتطبيق على العقود الجزافية ؟ وهل يمتد مجال التطبيق ليشمل العقود التي تتضمن شرطا صريحا يمنع المتعاقد من طلب زيادة الثمن المتفق عليه في العقد اذا ما واجه صعوبات مادية ذات طبيعة استثنائية ؟

---

(١) - J. Georgel, J.C.A., Fasc. 512, Op. Cit., nos. 85 et 86.

ويراجع أيضا مذكرات الأستاذ الدكتور أنور رسلان ، المرجع السابق ص ٢١ : حيث يشير الى حكم محكمة القضاء الاداري في القضية رقم ٧٨٩٢ للسنة الثامنة القضائية الصادر في ٢٠ يناير ١٩٥٧ (سبقت الاشارة اليه) ، حيث اعتبرت المحكمة نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة نظرية عامة تطبق على كافة العقود الادارية التي تستوفي شروط تطبيقها .

يجيب مجلس الدولة الفرنسي على ذلك فى العديد من الأحكام بتأكيده أن الطبيعة الجزافية للعقد لا تعتبر عقبة امام المتعاقد للحصول على تعويض للصعوبات الاستثنائية وغير المتوقعة التى صادفها أثناء تنفيذه للعقد (١) . كما أن وجود شرط صريح بمنع المتعاقد من طلب زيادة الثمن المحدد بالعقد ، لا يعد مانعا من حصول المتعاقد على تعويض كامل بالاستناد لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة (٢) .

---

(١) - C.E. 8 novembre 1938, Entreprise Léauté, Rec. p. 830: "Le caractère forfaitaire du marché ... ne fait pas obstacle à ce que l'entrepreneur obtienne une indemnité pour les difficultés exceptionnelles et imprévisibles par lui rencontrées dans l'exécution des travaux".

وانظر ايضا في ذات المعنى :

- C.E. 13 octobre 1978, Département de la Vendée et autres, Rec. T. p. 871; C.E. 3 novembre 1982, Soc. d'exploitation Louis Gros, R.D.P. 1983, p. 1420.

(٢) - C.E. 8 juin 1977, Ville de Marseille, R.D.P., 1978, p. 1485.

ولمزيد من التفاصيل يراجع :

- F. Llorens, Thèse précitée, p. 299.

الفرع الثالـــــث

مجال التطبيق الموضوعي لنظرية عمل الأميـــــــر

اذا كان عمل الأمير – بصفة عامة – يمكن تعريفه بأنه " عمل يصدر مـن سلطة عامة ، دون خطأ من جانبها ، ينجم عنه تسوىء مركز المتعاقد فى عقـد اداري ، ويؤدي الى التزام جهة الادارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المضـرور عن كافة الأضرار التي تلحقه من جراء ذلك بما يعيد التوازن المالي للعقد" (١) .

فان مجال التطبيق الموضوعي لتلك النظرية يشمل جميع العقود الادارية . وعلى ذلك يحق للمتعاقد في أي عقد اداري أن يستند الى نظرية عمل الأميـــر اذا استوفي شروط تطبيقها (٢) . واذا كان ذلك ليس موضع خلاف في الفقه سـواء

---

(١) الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى ، العقود ، المرجع السابق، ص ٥٦٧ .

(٢) يراجع فى هذا الخصوص على سبيل المثال :

– فى الفقه الفرنسي:

- **J.M. Auby, D. Ader,** Droit administratif, Op. Cit. p. 592: "Selon la théorie dite fait du prince qui a un caractère général et concerne l'ensemble des contrats administratifs, le contractant peut, à certaines conditions, obtenir une indemnité".

- **A. De Laubadère, J.C. Venezia, Y. Gaudemet,** T.D.A., 10e éd., t. 1, Op. Cit., p. 633.
- **G. Peiser,** "Droit administratif", 3e éd., Dalloz, 1987, p. 57.

– فى الفقه المصرى:

– الاستاذ الدكتور سليمان الطماوى ، العقود ، المرجع السابق ،ص٦٦٦ .

– الدكتور على الفحام ، سلطة الادارة فى تعديل العقد الادارى ،المرجع السابق ، ص ٢٢٨ .

فى فرنسا حيث نشأت النظرية أو فى مصر ، الا أن هناك اتجاها فى الفقه الفرنسى يذهب الى تحديد مفهوم عمل الأمير وقصره فقط على ممارسة الادارة المتعاقدة لاختصاصاتها الخارجة عن نطاق التزاماتها التعاقدية، بحيث لا يشمل عمل الأمير ــ وفقا لهذا المفهوم ــ سلطة الادارة فى تعديل العقد بارادتها المنفردة ، تلك السلطة التى ينظر اليها هذا الاتجاه من خلال منظور منفصل ومختلف عن فكرة عمل الأمير ، وبالتالي التضييق من مجال تطبيق الفكرة الأخيرة.

فالأستاذ " بنوا " ، والذى يتزعم هذا الاتجاه ــ يرى أن العنصر الأساسى فى نظرية عمل الأمير يكمن فى أن العمل المكون لعمل الأمير يصدر عن السلطة المتعاقدة بصفة أخرى غير تلك التى تعاقدت على أساسها ، أما سلطة الادارة في تعديل التزامات المتعاقد معها فليست الا ممارسة لسلطة عادية مستمدة من العقد بذات الصفة التى تعاقدت الادارة بها ، وبالتالى تخرج من مفهوم عمل الأمير ، باعتبارها فكرة مختلفة تماما عن المجال المحدد لتطبيق تلك النظرية (١) .

---

(١) - F.P. Benoit, "Droit administratif", Op. Cit., pp. 635-636: "Il y a donc fait du prince chaque fois que les autorités de la collectivité contractante agissent en vertu d'une compétence autre que cell qu'elles tiennent du contrat..."

ويراجع : مقال الأستاذ " بنوا " ــ بعنوان :

"De l'inexistence d'un pouvoir de modification unilatérale dans les contrats administratifs". J.C.P. 1963, Op. Cit., p. 1775, nº. 10.

ويؤكد الاستاذ " Terneyre " على أن مجال تطبيق نظرية عمل الأمير يجب أن يقتصر فقط على ممارسة الادارة المتعاقدة لاختصاصاتها الخارجة عن النطاق التعاقدي أو مايطلق عليه بالفرنسية "Extra--contractuelles" _ ومثال ذلك بعض اجراءات البوليس التي تصدر من جهة الادارة المتعاقدة باعتبارها سلطة بوليس " Compétence de police" وأيضا اجراءات تنظيم المرفق العام "Organisation du service public" واجراءات الاقتصاد الموجه "Dirigisme économique" _ والتي من شأنها أن تؤثر على شروط وظروف تنفيذ العقود المبرمة بمعرفتها (١).

وفي الواقع فان هذا الاتجاه الذي يرمي الى تضييق مجال تطبيق نظرية عمل الأمير محل نظر من عدة وجوه : ذلك أن سلطة الادارة في تعديل التزامات المتعاقد معها سواء بالنقص أو الزيادة وذلك بارادتها المنفردة ماهي الا احدى تطبيقات فكرة عمل الأمير، بل ان استاذنا الدكتور سليمان الطماوي يذهب الى أن نظرية عمل الأمير تتمثل هنا في أجلى صورها (٢).

---

(١) -Ph. Terneyre, "La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif", Thèse, Pau, 1983, pp. 233 et 277: "On peut dire que les actes unilatéraux, qualifiés des "faits du prince", sont des actes pris par l'autorité contrctante dans le cadre de ses compétences extra contractuelles et, qui ont pour effet d'affecter les conditions d'exécution des contrats passés par elle".
(Cette thèse a été publiée en 1989 par Economica, Paris).

وانظر كذلك في ذات المعنى :

- B. Sablier, Thèse précitée, p. 213.

(٢) يراجع مؤلف استاذنا العميد الدكتور سليمان الطماوي ، العقود ، المرجع السابق ص ٤٢٦ ، ص ٥٧٩.

ويؤكد الأستاذ " دي لوبادير " على أن سلطة التعديل الانفرادي للعقد ماهي الا احدى الصور النموذجية لنظرية عمل الأمير وأن الادارة المتعاقدة يمكنها أن تتدخل مباشرة لتعديل شروط تنفيذ العقد ، ويمكنها من ناحية أخرى أن تتخذ اجراءات لا تنصب على موضوع العقد ذاته ولكن ذات تأثير على تنفيذ العقد فحسب . ولذلك فان التمييز بين هاتين الصورتين في شق منه مصطنع ، ولا يمثل من ناحية أخرى أية أهمية فيما يتعلق بالتعويض أو اصلاح الضرر الناجم عن الاجراءات المتخذة بمعرفة الادارة . كما أنه من الناحية العملية يصعب التمييز بين الاجراءات التي تنصب على تعديل شروط العقد ، وتلك التي لا تنصب على هذا الغرض ، ولكن مع ذلك لها هذا التأثير . (١)

ونحن من جانبنا نرى أن سلطة الادارة في تعديل العقد بارادتها المنفردة ماهي الا أحد تطبيقات نظرية عمل الأمير ، وأنه لا يوجد مايدعو الى التضييق من مجال تطبيق النظرية .

---

(١) - **A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé**, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 543: "L'autorité administrative contractante pouvait, exercer à l'égard du contrat un pouvoir de modification unilatérale .. de telles interventions constituent le type même du fait du prince"; et p. 517: "Il est souvent difficile en effet de distinguer entre les mesures qui ont pour objet la modification des conditions d'exécution du contrat et celles qui, sans avoir cet objet, ont cependant cet effet"

وانظر أيضا في هذا المعنى :

J. Rivero, Droit administratif, Op. Cit., p. 156.

ففي جميع الحالات ، فان الاجراءات التي تتخذها الادارة المتعاقدة – فيما يتعلق بالحق في التعويض – تقوم على نفس النظام القانوني وتؤسس بناء على سلطتها التي لا يمكن للعقد أن يحجبها . هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فان الاجراء الصادر من الادارة المتعاقدة قد يمس ذات موضوع العقد بتعديل بعض بنوده وقد يمس موضوعا مختلفا ، وهنا للمتعاقد اذا ما استوفى شروط التعويض ، الحق في تعويض كامل للضرر الذي أصابه . فالشروط واحدة في الحالتين وأيضا النتائج المترتبة على تدخل الادارة ، دون اي تمييز بين ما اذا كان الاجراء يمس أو لا ذات موضوع العقد . وبصفة عامة يمكن القول أن كل الاجراءات التي تتخذها السلطة المتعاقدة والتي يكون من شأنها التأثير على شروط تنفيذ العقد تعتبر كعمل من اعمال الأمير . (١)

وعلى ذلك فان مجال تطبيق النظرية يشمل جميع العقود الادارية، وللمتعاقد الحق في التعويض اذا ما استوفى شروط تطبيقها ، بصرف النظر عما اذا كان الاجراء الذي أصابه بالضرر نتيجة تدخل الادارة المتعاقدة بتعديل مباشر لشروط العقد أو كان نتيجة تأثيره على ظروف تنفيذ العقد فحسب، بما من شأنه أن يحمل المتعاقد بأعباء جديدة لم تكن متوقعة لحظة ابرام العقد .

---

(١) - A. De Laubadère, J.C. Venezia, Y. Gaudemet, T.D.A., 10e éd., t. 1, Op. Cit., p. 634.

المطلب الثاني

مجال التطبيق الشخصي أو الذاتـــــي (١)

اذا كان مجال التطبيق الموضوعي لأية نظرية من النظريات الثلاث يعنـي بالدرجة الاولى تحديد العقود الاداريـــة التي يمكن أن تكون محلا لتطبيـق أي من تلك النظريات ، اذا ما استوفت شروط تطبيقها ، فان مجال التطبيـــق الشخصي أو الذاتي يثير عددا من التساؤلات فيما يتعلق بصاحب الحق فـــي التمسك بتطبيق أي من تلك النظريات .

وفي الغالب فان التساؤل عمن يحق له الاستناد الى أي من هـــذه النظريات ، لا صعوبة فيه . فكل متعاقد مع الادارة يمكنه التمسك بتطبيـــق أي منهـــا اذا ما استوفيت شروط تطبيقها .

ومع ذلك فان الأمر يحتاج لشيء من التوضيح في حالة حدوث تغير فـــي شخص المتعاقد الأصلي مع الادارة ، وأيضا في حالة العقود الادارية بيـــن الاشخاص العامة ، ومدى امكانية استناد الشخص العام المتعاقد لأي من هـــذه النظريات في مواجهة الشخص العام المتعاقد معه ، وبعبارة أخرى هل يمكـــن أن تؤدي تلك النظريات دورا فيما يتعلق بالعقود الادارية بين الأشخـــاص العامة ؟.وطبقا لما تقدم سنتناول الاجابة على هذه التساؤلات في الفرعيـــن التاليين :

الفرع الأول : مجال التطبيق الشخصي في حالة تغير المتعاقد الأصلي.

الفرع الثاني: مجال التطبيق الشخصي في العقود المبرمة بين الأشخاص العامة .

---

(١) "Le champ d'application personnel".

الفرع الأول

مجال التطبيق الشخصي في حالة تغيير المتعاقد الأصلي[١]

في مجال تنفيذ العقد الاداري قد يحدث أن يحل متعاقد جديد محل المتعاقد الأصلي الذي أبرم العقد . وأسباب الحلول عديدة ، منهـــا التنازل عن العقد "La cession" حالة وفاة المتعاقد الأصلـــي وحلول الورثة محله في تنفيذ العقد "Succession"

وأيضا حالة صدور قانون بتأميم المنشأة[٢] "Nationalisation opérée par une loi" في هذه الفروض يثور تساؤل حول حـــق المتعاقد الجديد الذي حل محل المتعاقد الأصلي في الاستناد الى احـــدى النظريات محل البحث عند الاقتضاء . وبالتبعية لذلك فهل يشترط لكـــي تتاح الفرصـــة لتطبيق احدى هذه النظريات في حالة اختلال العقـــد بناء على ظرف غير متوقع ، أن يكون هذا الظرف غير متوقع لحظة استبـــدال المتعاقد بآخر أم يكفي أن يكون غير متوقع لحظة ابرام العقد الأساسي ؟

---

(١) - "Le champ d'application personnel au cas de changement de cocontractant en cours d'exécution du contrat".

(٢) - A. Hachich, Thèse précitée, p. 125.

أولاً ـ التنازل عن العقد: "La cession" . (١)

قد يحدث أن يحل المتعاقد مع الجهة الادارية غيره في تنفيذ جميـــع التزاماته العقدية ، ولما كان ذلك يشكل اهدارا لقاعدة الاعتبار الشخصي فـــي تنفيذ العقد الاداري ، فانه يلزم موافقة جهة الادارة المتعاقدة حتى يمكـــن أن يحتج بهذا التنازل في مواجهتها . (٢)

---

(١) يراجع في هذا الخصوص :

- **G. Liet-Veaux**, "Nature juridique des cessions de concessions de travaux ou de services", A.J.D.A., 1983, p. 438.
- **J. Georgel**, J.C.A., Fasc. 512, Op. Cit., nos. 24 à 26.
- **A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé**, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 11 et s.

الدكتـور عبدالمجيد محمد فياض ، نظرية الجزاءات في العقـد الاداري ، دراسة مقارنة ، رسالة من كلية الحقوق ، جامعة عين شمس، ١٩٧٤، ص ١٢٦ ومابعدها .

الدكتور محمد سعيد حسين أمين ، الأسس العامة لالتزامات وحقـــوق المتعاقد مع الادارة ، المرجع السابق ، ص ١٥٨ ومابعدها .

(٢) لمزيد من التفاصيل ، يراجع : الأستاذ الدكتور سليمان الطمـــاوي ، العقود ، المرجع السابق ، ص ٣٩٨ ومابعدها .

وأيضا :

- **J. De Soto**, "Imprévision et économie dirigée", J.C.P. 50, éd., G, I, 817.

١ ـ حالة التنازل بموافقة جهة الادارة : "Cas de cession autorisée"

نظرا لان التنازل المرخص من جهة الادارة المتعاقدة يخلق نوعا من الاتصال المباشر بينها وبين المتعاقد الجديد من خلال علاقة تعاقدية جديدة مباشرة ، فانه يترتب على ذلك أن يكون فى امكان ذلك المتعاقد المتنازل اليه الاستناد الى اى من النظريات الثلاث عند الاقتضاء. واذا كان الفقه قد تعرض لهذا الفرض فى خصوص نظرية الظروف الطارئة فاننا لا نرى ثمة مايمنع من الاستناد الى أى من نظريتي عمل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة في ذات الفرض الذى نحن بصدده . ذلك أن موافقة الادارة على اجراء التنازل ، يؤدى الى ابرام عقد جديد مع المتنازل اليه ، بما يتضمنه ذلك من التزامات متقابلة على عاتق كل من المتعاقد الجديد والادارة المتعاقدة . والمتتبع لقضاء مجلس الدولة الفرنسى ، يجد أنه قد مر بتطور ملحوظ فيما يتعلق بالتاريخ الذى يرجع اليه لتقدير خصيصة عدم التوقع فى الأمر الذى تتحقق به المسئولية ، فى نطاق النظريات الثلاث والذى سبب الضرر الذى أصاب المتعاقد .

أ ـ المرحلة السابقة على عام ١٩٤٤ :

فى هذه المرحلة قضى المجلس بأن التاريخ الذى يرجع اليه لتقدير خصيصة عدم التوقع ، ليس هو تاريخ العقد الأصلي ولكن التاريخ الذى حدث فيه التنازل عن العقد . (١)

ب ـ منذ عام ١٩٤٤ :

فى ٢٨ يناير ١٩٤٤ صدر حكم مجلس الدولة الفرنسى

---

(١) - C.E. 13 mars 1930, Sauvage, Rec. p. 290.

في قضية "Cne de Wimille" (١) حيث رجع عن قضائه السابـــق وقضى بأن المتعاقـــد الذى حل محل المتعاقد الأصلـــي، يمكنـــه أن يمارس كل حقوق المتنازل الذى يتيحـــه العقد الأساســـي، وبالتالى يحق له المطالبـــة بالتعويض عن جميع الظروف الطارئـــة التي يكون من حق المتعاقـــد الأصلي المطالبـــة بالتعويض عنهـــا . أي أن التاريخ الذى يرجع اليه لتقدير خصيصة عدم التوقع هو تاريـــخ ابرام العقد الأصلي. وقد تأكد هذا القضاء بعد خمس سنوات من هذا الحكم في قضية مدينة "Elbeuf" (٢).

---

(١) - C.E. 28 janvier 1944, Cne de Wimille, Rec. p. 35: "Le concessionnaire est recevable à exercer tous les droits que le cédant tenait du contrat primitif" et "... peut par suit prétendre à indemnité a compter du jour où il a personnellement entrepris l'exploitation s'il est etabli que dès cette date l'économie du traité initial a été bouleversée par des circonstances qui n'avaient pu être prévues lors de sa conclusion".

(٢) - C.E. 15 juillet 1949, Ville d'Elbeuf, S. 1950, 3, 61.

٢ ـ حالة التنازل عن العقد بغير موافقة الادارة:

"Cas de cession non autorisée"

من حيث المبدأ فان التنازل عن العقد دون اجازة جهة الادارة المتعاقدة، لا يحتج به عليها ، لانتفاء أية علاقة تعاقدية بينها وبين المتنازل اليه (١) .

ومع ذلك فاذا قام المتنازل اليه بتنفيذ العقد ، فان مجلس الدولة الفرنسي قد سمح له بالاستناد الى نظرية الظروف الطارئة اذا ماواجه ظروفا غير متوقعة أثناء التنفيذ . الا أن المجلس أرجع أساس التعويض هنا الى وجود موقف " شبه تعاقدي " (٢) "quasi contractuelle" .

---

(١) - J. Georgel, J.C.A., Fasc. 512, Op. Cit., n°. 24: "La cession n'est pas opposable à l'Administration. Elle ne crée aucun lien contractuel entre celle-ci et le cessionnaire".

ويراجع :

- C.E. 21 février 1986, Min. Urb. c. Secré, req. n°. 50415; J.C.A., Fasc. 512, 1986, n°. 24.

(٢) - C.E. 22 février 1967, Société de gaz de Nogent l'Artaud et extensions c/Communes de Nogent et autres, Rec. p. 87: "La société locataire a le droit d'obtenir, à titre quasi-contractuel, le compensation du préjudice qu'elle a subi dans l'exploitation du fait de circonstances imprévisibles".

ثانيا ــ مجال التطبيق الشخصي في حالة حلول الورثة محل المتعاقد الأصلي :

"Cas de succession"

في حالة وفاة المتعاقد الأصلي وفي نطاق امكانية حلول الورثة محلــه في الاستمرار في تنفيذ العقد ، فان ذات القواعد المطبقة في حالة التنازل بموافقة الادارة ، تطبق منطقيا في هذه الحالة . فالوريث كالمتنازل اليه " قابـل لأن يمارس كل الحقوق التي كان يتمتع بها المتعاقد الأصلي " . (١)

ثالثا ــ مجال التطبيق الشخصي للنظريات في حالة التأميم :

قد يلجأ المشرع الى وسيلة التأميم بصدد المرافق العامة ، وذلك حيـن يصدر قانونا بانهاء الالتزام مع نقل ملكية أموال المرفق المادية والمعنوية مـــن الملتزم الى الدولة . (٢)

بمناسبة هذا الحلول القانوني ، نشأت بعض الصعوبات فيما يتعلــق بتحديد مجال التطبيق الشخصي للنظريات التي نحن بصددها ، وبصفة خاصة نظرية الظروف الطارئة التي ترتبط في الواقع العملي في معظم الحالات بعقــد

(١) - C.E. 21 novembre 1934, Dupart, Rec. p. 1085.

ولمزيد من التفاصيل في هذا الصدد يراجع : الأستاذ الدكتــــور عبدالحميد حشيش ، المرجع السابق ، ص ١٢٥ و ص ١٢٦ .
الدكتور محمد سعيد أمين ، المرجع السابق ، ص ٢١٠ ومابعدهـا ، و ص ٦٥٠ ومابعدها .

(٢) الدكتورة عزيزة الشريف ، نظريــة العقد الاداري ، المرجع السابــق ، ص ٩٧ ومابعدها .
ويراجع لمزيد من التفصيل ، رسالتها " نظرية التأميم وتجربتــه في مصر " المرجع السابق .
ورسالة الاستاذ الدكتور عبدالحميد حشيش ، المرجع السابق ص ١٢٩ ومابعدها .

التزام المرفق العام . ومنشأ الصعوبة يرتبط بتحديد المستحق الاحتمالي للتعويض عن الظروف الطارئة لصعوبات استغلال المشروع السابقة على عملية التأميم .

في هذا الفرض يثار تساؤل عن الحق في التعويض للظروف الطارئة ، هل هو مقرر للمشروع السابق وبالتالي يضاف الى التعويض المستحق الاداء والمترتب على التأميم ، أم يجب اعتباره من الحقوق الموروثة للمؤسسة الوطنية التي حلت محله ؟ (١)

ونظرا لعدم وجود تطبيق قضائي من قبل مجلس الدولة سواء في فرنسا أو مصر ، وأيضا للتنوع في معطيات المشكلة ، ففي بعض الأحيان قد يكون التأميم كاملا وفي البعض الاخر قد يكون جزئيا ، كما أن طريقة التعويض المنصوص عليها في قانون التأميم لا تكون دائما واحدة ، لكل هذا يمكن تفسير التأرجح ، بل والتضارب الذي يميز قضاء المحاكم الادارية في فرنسا بخصوص هذه الجزئية (٢) .

فهذا القضاء تارة يبدو في اتجاه معين وتارة أخرى في اتجاه آخر. مثال ذلك بصفة خاصة حكم المحكمة الادارية لمدينة " نانت " الصادر في ١٢ مايو ١٩٤٩ ، والذي خص الملتزم القديم بالاستفادة من التعويض

---

(١) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., pp. 576-577.

(٢) - M. Blaevoet, note sous Cons. préf. Versailles, 21 février 1949 et Cons. préf. Montpellier, 28 mars 1949, D. 1950, J, 61.

للظروف الطارئة (١). وفي ذات العام صدر حكم محكمة "فرساي" الادارية في ٢٦ اكتوبر (٢) مقررا على العكس تماما أن حق التعويض للظروف الطارئة يعتبر من قبيل الأموال والحقوق والالتزامات التي تنتقل بالكامل للمؤسسة الوطنية بسبب التأميم .

(١) - Cah. Jur. E.G. 1950, p. 20.

(٢) - Cah. Jur. E.G. 1950, p. 34.

الفرع الثانـــــى
مجال التطبيق الشخصي فى العقود المبرمة بين الأشخاص العامة

السؤال الذى يطرح نفسه فيما يتعلق بمجال التطبيق الشخصي للنظريات فى العقود المبرمة بين الأشخاص العامة ، هو هل تعد هذه النظريات قابلـــة للتطبيق على العقود المبرمة بين أشخاص القانون العام ؟ وبصيغة أخرى هـــل يمكن للشخص العام الذى أبرم عقدا مع شخص عام آخر أن يستند الى احدى هـــذه النظريات عند الاقتضاء ؟

بداية نقرر أنه لا توجد أية تطبيقات قضائية فىهذا الخصوص ســـواء فى فرنسا [١] أو مصر . ويلاحظ أستاذنا الدكتور سليمان الطمـــاوى" أن التطبيقات العملية لهذا الغرض سوف تتوالى فى المستقبل نظرا لانتشـــار المشروعات الاقتصادية المؤممة ، والتى تعتبر من أشخاص القانون العـــام اذا أديرت فى صورة هيئة عامة ، وسوف تضطر الهيئات العامة الى التمسك بالنظرية (الظروف الطارئة) فى عقودها مع الجهات الادارية الأخرى ومع الأفراد علـــى السواء " . [٢]

وقبل الاجابة على هذا التساؤل يجدر أن نشير الى حكم محكمـــة التنازع الفرنسية الصادر فى ٢١ مارس ١٩٨٣ فى قضية "U.A.P." [٣]

---

(١) - C. Galiay, Thèse précitée, p. 285.

(٢) مؤلف أستاذنا الدكتور سليمان الطماوى ، العقود ، المرجع السابـــق ، ص ٦٤٢ .

(٣) - T.C. 21 Mars 1983, Union des Assurances de Paris, Rec. p. 537, A.J.D.A. 1983, n°. 44, p. 356, Concl. D. Labetoulle; D. 1984. J. 33, note J-B. Auby et H-G. Hubrecht; Rev. adm. 1983, p. 368, note B. Pacteau:

ويتعلق بعقد مبرم بين مؤسسة عامة (المركز الوطنى لاستكشـــاف المحيطات) والدولة (ممثلة فى وزير الدولة للتلغراف والبريد) .

والذى بمقتضاه أصبحت العقود المبرمة بين الأشخاص العامة تشكل طائفة خاصة من العقود ، من حيث أن طبيعتها تحدد بناء على قاعدة خاصة (١) . بمعنى أن معيار تمييز العقود الادارية المبرمة بين الأشخاص العامة فى فرنسا أصبح يعتمد على ضوابط خاصة غير تلك التى تخضع لها العقود الادارية التى أحد أطرافها شخص عام والاخر شخص من أشخاص القانون الخاص . وبحسب عبارات حكم محكمة التنازع فان " العقد المبرم بين شخصين من أشخاص القانون العام يكتسب من حيث المبدأ الطبيعة الادارية بما يتضمنه ذلك من جعل الاختصاص بحسم المنازعات الناشئة عن الاخلال بالالتزامات التعاقدية للقضاء الادارى ، وذلك فيما عدا الحالات التى يتبين فيها أنها بحسب موضوعها ليست الا من علاقات القانون الخاص " . (٢)

---

(١) - R. Chapus, "Droit administratif générale", 4e éd., t. 1, Op. Cit., p. 357.

(٢) - T.C. 21 mars 1983, U.A.P., précité: "Un contrat conclu entre deux personnes publiques revêt en principe un caractère administratif, impliquant la compétence des juridictions administratives pour connaître des litiges portant sur les manquements aux obligations en découlant sauf dans les cas ou, eu égard à son objet, il ne fait naitre entre les parties que des rapports de droit privé".

ولمزيد من التفاصيل فى موضوع العقود الادارية بين الاشخاص العامة يراجع :

- F. Moderne, "L'évolution récente du droit des contrats administratifs: les conventions entre personnes publiques", Rev. fr. Droit adm., mai-juin 1984, p. 1.

واذا كانت هذه الطائفة من العقود تكتسب الطابع الاداري، من حيث المبدأ حتى ولو لم تتوافر الضوابط الأخرى لتمييز العقد الاداري طبقا للتطور الحديث في فرنسا (١) ، الا أن الأمر يبدو على خلاف ذلك في مصر ، حيث مازالت محكمة القضاء الاداري والمحكمة الادارية العليا تتطلب اجتماع شرطي المرفق العام والشروط الاستثنائية حتى بالنسبة لهذه الطائفة من العقود (٢) .

وفيما يتعلق بمجال التطبيق الشخصي لكل من نظريات عمل الأمير والظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة بالنسبة للعقود الادارية بين الاشخاص العامة ، فاننا لا نجد سببا يحول دون تطبيقها اذا توافرت شروط تطبيقها بما يتناسب عمليا مع نوعية تلك العقود المبرمة بين الاشخاص العامة، فهذه الطائفة من العقود تقتضي ـ شأنها شأن أي عقد اداري آخر ـ نوعا من التعاون بين الأطراف لتنفيذ مهمة متعلقة بالمرافق العامة. واذا كانت فكرة استمرارية أداء المرفق العام بانتظام واطراد، فكرة مهيمنة في مجال نظرية العقد الاداري بصفة عامة وفي مجال النظريات التي تواجه عقبات تنفيذ العقد بصفة خاصة ، فانها يجب أن تطبق أيا كان أطراف العقد. (٣)

---

(١) - G. Peiser, Droit administratif, Op. Cit., p. 55.

(٢) يراجع في هذا الصدد : الأستاذ الدكتور مصطفى أبوزيد فهمي، القضاء الاداري ومجلس الدولة ، ط ١٩٨٨ ، المرجع السابق ، ص ٢٧٢.

(٣) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 573.

فالأشخاص العامة يجب أن يكون لها كامل الحق في الاستفادة من تطبيق أي من تلك النظريات عند الاقتضاء ، كالأشخاص الخاصة سواء بسواء. كلما في الامر أن طرفي العقد يكون لكل منهما التمسك باحدى النظريات اذا اجتمعت شروط تطبيقها وذلك في مواجهة السلطة الاخرى الطرف الاخر في العقد، أيا كان الطرف المكلف بتنفيذ مهمة المرفق العام موضع الخلاف (١) .

فعلى سبيل المثال ، اذا كان للوحدة المحلية أن تطلب التعويض للظروف الطارئة من الدولة ، فانه ليس هناك ثمة مايمنع اذا ماكانت الدولة هي المكلفة بخدمة مرفق عام محلي ، من أن تستند الى تلك النظرية في مواجهة الوحدة المحلية المتعاقدة معها (٢) .

ويشير الاستاذ "C. Galiay" الى أنه لا يوجد من بين شروط تطبيق أي من تلك النظريات مايحدد مجال تطبيقها الشخصي على الأفراد فقط ، ولا يوجد من بين هذه الشروط مايمنع الشخص العام من الاستناد الى أي منها عند الاقتضاء ، وأن القول بخلاف ذلك يعد عقبة أمام التعاون التعاقدي بين الأشخاص العامة . وأنه حتى ولو كان تحقيق الأهداف المالية ليس من بين الأهداف التي يسعى اليها الشخص العام المتعاقد ، فان ذلك لا يعد مانعا من استناده الى أي من تلك النظريات للحصول على تعويض ، وذلك انطلاقا من أنه في معظم الحالات يكون

---

(١) - **H.G. Hubrecht**, Thèse précitée, p. 557.

(٢) لمزيد من التفاصيل تراجع الامثلة العديدة التي أشار اليها الأستاذ " دي لوبادير " ، العقود ، الطبعة الثانية ، الجزء الثاني ، المرجع السابق ، ص ٥٧٣ ومابعدها .

مصدر التمويـل للشخص العام قائمـا على الاقتراض • وليس من العدل فـي شيء أن يتحمل خسائر وفوائد القروض دون أن يكون له الحق بالمطالبـة بالتعويض استنادا الى أي من النظريات محل البحث •(١)

---

(١) - C. Galiay, Thèse précitée, p. 286.

ويراجع في شأن حق السلطات العامة في التمسك بنظرية الظـروف الطارئة :

الأستاذ الدكتور عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط ، المرجع السابـق ، الجزء الأول ، ص ٦٤٥ •

وقارن عكس ذلك : الدكتورة عزيزة الشريف ، دراسات في نظريـة العقد الاداري ، المرجع السابق ص ٢٣٨ ، حيث ترى أن «هذه النظرية انما تقررت لصالح المتعاقد مع الادارة وهو وحده الـذي يستطيع أن يطالب بالتعويض على أساسها ، بمعنى أن السلطـة الادارية التي أبرمت العقد لا تستفيد من تطبيق هذه النظرية».

المبحث الثالث

مسئوليـــة الادارة بلا خطـأ

تشترك كل من النظريات الثلاث ، عمل الأمير والظروف الطارئـــــة والصعوبات المادية غير المتوقعة ، في أن الفعل أو الحادث الذى سبب للمتعاقد ضررا ، لا يتضمن أى خطأ من جانب الادارة . فأساس المسئولية في نطاق هذه النظريات لا يرتكز على فكرة الخطأ ، فاذا ما أمكن نسبة أى خطـــأ للادارة المتعاقدة ، لا يجوز اثارة مسئوليتها على أساس واحدة من تلك النظريات، بـل تسأل فى نطاق المسئولية التعاقدية العادية . (١)

ولعل وجود وجهين لاثارة المسئولية العقدية للادارة ـ المسئولية بنـاء على الخطأ والمسئولية بدون خطأ ـ تشكل احدى المميزات الأساسية لنظريـــة المسئولية العقدية فى القانون الادارى (٢) ، والتى لا مثيل لها فى روابـــط القانون الخاص . فالمسئولية العقدية فى القانون الخاص ـ شأنها فى ذلك شأن المسئولية التقصيرية فى هذا القانون ـ تقوم على أركان ثلاثة: الخطأ والضـــرر وعلاقة السببية مابين الخطأ والضرر (٣) . فالخطأ العقدى هو عدم تنفيـــذ المدين لالتزامه الناشىء عن العقد ، ويستوى فى ذلك أن يكون عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدى ناشئا عن عمده أو عن اهماله ، بل ان الخطأ العقـدى

---

(١) الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى ، العقود ، المرجع السابق، ص ٦٦٦ . وفى نفس المعنى تراجع رسالة الدكتور محمد سعيد حسين أميـــــن ، الأسس العامة لالتزامات وحقوق المتعاقد مع الادارة ، المرجع السابـق، ص ٦١٩ .

(٢) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 1, Op. Cit., p. 761.

(٣) - A. Weill, F. Terré, "Droit civil-Obligations", Op. Cit., p. 392.

يتحقق حتى ولو كان عدم تنفيذ المدين لالتزاماته المتولدة عن العقد ناشئا عن سبب أجنبي كالقوة القاهرة ، وان كان ذلك ينتفي معه علاقة السببية ولا تتحقق المسئولية لتخلف أحد أركانها .(١)

والمسئولية العقدية للأشخاص العامة ليست خاضعة دائما لقواعد القانون الاداري ، ذلك أن من العقود التي تبرمها الادارة ما يخضع لقواعد القانون الخاص ويعامل معاملة العقود التي يبرمها الأفراد فيما بينهم (٢) ، وهو مايطلق عليه " عقود الادارة المدنية ". هذه الطائفة من عقود الادارة تظل خاضعة لقواعد القانون الخاص بما في ذلك بطبيعة الحال مسئوليتها العقدية فالمسئولية العقدية للادارة لا تعني دائما أنها مسئولية عقدية ادارية (٣) ، فهذه الأخيرة لا تثار الا اذا كنا بصدد عقد اداري بالمعنى الاصطلاحي فالعقد الاداري هو مصدر المسئولية العقدية الادارية . واذا كانت كل من النظريات الثلاث عمل الأمير والظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة تقوم على أساس مسئولية الادارة بلا خطأ الا أن تلك المسئولية في حالة تطبيق نظرية عمل الأمير ، هي مسئولية عقدية بلا خطأ "Responsabilité contractuelle sans faute" وفي حالة تطبيق كل من نظريتي الظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة، فان مسئولية الادارة وان كانت أيضا بلا خطأ ، الا أن التزام الادارة بتعويض المتعاقد

---

(١) الأستاذ الدكتور عبدالرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط ، المرجع السابق ، ص ٦٥٦.

(٢) الاستاذ الدكتور ثروت بدوي ، النظرية العامة في العقود الادارية، المرجع السابق ، ص ٦ .

(٣) - P. Delvolvé, "Responsabilité contractuelle", Op. Cit., no. 2, p. 3.

معها ــ جزئيا أو كليا ــ للأعباء والنفقات الخارجة عــن النطاق التعاقــدي "Charges extra-contractulles " والناتجة عن موقــف خارج أيضا عن النطاق التعاقدي "Situation extra-contractuelle" لا يمكن معه الحديث عن مسئولية عقدية بالمعنى الاصطلاحي الدقيق لمفهــوم المسئولية العقدية .(١)

وسواء كانت المسئولية بلا خطأ في نطاق العقد أو في خارج هــذا النطاق ، فانها بلا شك تقع على عاتق الادارة وحدها . فاذا كانت مسئوليــة الادارة يمكن أن تتقرر بارتكاب خطأ أو بدون خطأ ، فان مسئولية المتعاقد معها لا تقع الا في نطاق الاخلال بأحد التزاماته العقدية أي بناء علــى الخطأ . هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فان مسئولية الادارة لا تتقــرر الا اذا أصاب المتعاقد ضررا وسواء أكان الضرر معزوا الى عمــل الادارة المشروع أو مستقلا عن عمل الادارة ، فلا مسئولية بدون ضرر يصيــب المتعاقد ، وهي قاعدة عامة للمسئولية سواء في القانون الاداري أو القانــون الخاص(٢) ــ وتأسيسا على ذلك سنقسم دراستنا لهذا المبحث في المطلبين التاليين :

المطلب الاول : المسئولية عن عمل الأمير مسئولية تعاقديــة بلا خطأ .

المطلب الثاني :الضرر والمسئولية دون خطأ .

---

(١) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 1, Op. Cit., p. 762.

ويراجع في نفس المعنى :

- P. Delvolvé, "Responsabilite contractuelle", Op. Cit., nos. 97, 105, 108 et 219.

(٢) - M. Rougevin-Baville, "Responsabilité sans faute" Encyclopédie Dalloz de droit public "Resp. puiss. publ." n°. 30 et s.

المطلب الاول

المسئولية عن عمل الأمير مسئولية تعاقدية بلا خطأ

ان التزام الادارة بتعويض المتعاقد معها عن الأضرار التي تقع على عاتقه بناء على تدخلاتها المشروعة أثناء تنفيذ العقد الاداري ، انما يقوم على أساس مسئوليتها العقدية بلا خطأ (١) "Responsabilité Contractuelle sans faute".

بل ان الاستاذ " دى لوبادير " يذهب الى أن عمل الأمير سواء أكان في صورة اجراء خاص أو عام ، وسواء أكان هذا الاجراء يؤدي الى تعديل مباشر في شروط العقد أو يؤثر فقط على ظروف التنفيذ ، ربما يكون التطبيق الوحيد للمسئولية العقدية دون خطأ في القانون الاداري (٢). ويؤكد الاستاذ " ديلفولفي " على أن المجال الحقيقي لمسئولية الادارة العقدية دون خطأ انما ينحصر في حالة تطبيق نظرية عمل الأمير، مستبعدا من نطاق تلك المسئولية ، التعويض في حالة الأعمال الاضافية الضرورية والتي لا غنى عن القيام بها لتنفيذ العقد، ومستبعدا كذلك من نطاق المسئولية التعاقدية دون خطأ، التعويض في حالة الصعوبات المادية غير المتوقعة وأيضا في حالة الظروف الطارئة (٣).

---

(١) الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي ،العقود ،المرجع السابق ص ٥٧١ .

(٢) A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 1, Op. Cit., p. 762.

(٣) P. Delvolvé, "Responsabilité contractuelle", Op. Cit., n°. 219: "On ne pouvait ranger dans la responsabilité contractuelle sans faute ni l'indemnisation des travaux supplementaires indispensables à l'exécution de contract ...., ni l'indemnisation des sujétions imprévues, ni celle du préjudice résultant de l'imprévision ne constitue veritablement un cas de responsabilité contractuelle sans faute que le fait du prince".

وعلى ذلك فان الاجراءات التي تتخذها الادارة المتعاقدة والتي ينجم عنها اختلال التوازن المالي للعقد دون اشتراط لدرجة معينة من الجسامة في الضرر الذي يلحق بالمتعاقد ، ودون أن يشكل الفعل أو التصرف الصادر من السلطة المتعاقدة خطأ في جانبها ، يستتبع تقرير مسئوليتها عن تعويض المتعاقد تعويضا كاملا عن الضرر الذى أصابه . وهى وان كانت مسئولية تعاقدية الا أنها مسئولية عقدية بلا خطأ . (١)

ونظرا لأن الاجراء الذى أدى الى زيادة أعباء المتعاقدوالمكون لعمل الأمير يؤثر تأثيرا مباشرا على تنفيذ العقد – سواء أكان يؤدى الى تعديل مباشر في شروط العقد أو تغيير في ظروف التنفيذ بما من شأنه أن يحمل المتعاقد بأعباء جديدة غير متوقعة عند التعاقد – فان ذلك يعنى أن الأعباء الجديدة ماهي الا أعباء وتكاليف تعاقدية ، سببها هذا الاجراء الصادر من الادارة المتعاقدة ، ونظرا لصفتها كطرف في العقد ، فانه لا شك في أن مسئوليتها تعاقدية . ولهذا فان عمل الأمير يتميز عن سائر الظروف الأخرى التي قد تثير مسئولية الادارة دون خطأ من جانبها ، في أنه يدخل في نطاق المسئولية الخاصة بالقانون الادارى باعتباره يثير مسئولية الادارة التعاقدية دون أي اخلال من جانبها بالتزاماتها التعاقدية أي دون خطأ يمكن أن ينسب اليها .

ولهذا فان الاستاذ الدكتور سليمان الطماوى يشير – وبحق – الى أن فكرة المسئولية التعاقدية دون خطأ ، فكرة غير منسجمة مع المبادىء المسلم بها فى القانون الخاص ، لأن المسئولية التعاقدية في القانون المدنى ، تفترض اخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته المتولدة عن العقد ، في حين أن عمل الأمير لا يتضمن من جانب الادارة أي اخلال

---

(١) – J. Rivero, "Droit administratif", 1987, Op. Cit., p. 156.

بالتزاماتها التعاقديـــة .(١)

وإذا كانت مسئولية الادارة فى حالة عمل الأمير هى دائما مسئوليـــــة تعاقدية دون خطأ ، فان ذلك يفسر اشتراط مجلس الدولة الفرنسى – لكـــى يكون هناك محل لتطبيق النظرية – أن يكون الاجراء الضار صادرا من جهـــة الادارة المتعاقدة ذاتها . فمنذ حكم مدينة "Toulon" (٢) وقضـــاء مجلس الدولة الفرنسى يقصر تطبيق نظرية عمل الأمير على الأعمال والتصرفـــات التى تصدر من جهة الادارة التى أبرمت العقد . وهو ما يسيرعليه أيضا قضـــاء مجلس الدولة المصرى ، والذى أبرزته بوضوح المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ١١ مايو سنة ١٩٦٨ ، حيث تقول " ان تدخل القضـاء الادارى لتحقيق التوازن المالى للعقد الادارى تطبيقا لنظرية عمل الأمير ، مناطـــه توافر شروط هذه النظرية ، ومن بينها شرط أن يكون الفعل الضار صـــادرا من جهة الادارة المتعاقدة ، فاذا ماصدر هذا الفعل عن شخص معنوى عــام

---

(١) مؤلفه فى العقود ، المرجع السابق ، ص ٥٩٦ ، ٥٩٧.

(٢) - C.E. 4 mars 1949, Ville de Toulon, Rec. p. 197;

C.E. 20 octobre 1971, Cie du chemin de fer de Bayonne à Biarritz, Rec. p. 624;

C.E. 5 novembre 1982, Sté Propétrol, Rec. p. 381; A.J.D.A., 1983, p. 259, Concl. Labetoulle, D. 1983. 245, note J.P. Dubois; J.C.P. 1984. II. 20168, note M. Paillet.

وقد جاء بتعليقات الأستاذ "Labetoulle" على هذا الحكـــم والمنشورة بمجموعة (A.J.D.A.) :

"Le théorie du fait du prince ne couvre que les conséquences des mesures prises par la personne publique cocontractante".

غير الذى أبرم العقد ، تخلف أحد شروط نظرية فعل الأمير وامتنع بذلك تطبيق أحكامها ، ولكن ذلك الامتناع لا يحول دون تطبيق نظرية الحوادث الطارئة اذا ما توافرت شروطها " .(١)

وفي الواقع فان اشتراط نسبة العمل الضار للادارة المتعاقدة لاثارة مسئوليتها التعاقدية دون خطأ ، هو الذى أدى الى توضيح الخط الفاصل بين المجال المحدد لتطبيق نظرية عمل الأمير والمجال الآخر المخصص لتطبيق نظرية الظروف الطارئة (٢) ، والتى قد تجد مجالا للتطبيق اذا توافرت شروط تطبيقها سواء أكان الاجراء أو العمل الضار صادرا عن جهة الادارة المتعاقدة أو كان أجنبيا عنها .(٣)

ذلك أن الفعل المسبب للضرر وقلب اقتصاديات العقد في حالة الظروف الطارئة يخلق موقفا خارجا عن النطاق التعاقدى "Situation extra-contractuelle" فاذا كانت الادارة ملزمة بمشاركة المتعاقد معها في جزء من الخسارة التى أحاقت به طوال فترة قيام الظرف الطارى ، واذا كان ذلك بمناسبة تنفيذ العقد ، الا أن التزام الادارة بتعويض المتعاقد معها لا يتعلق بالمسئولية العقدية دون خطأ (٤) . وفضلا عن ذلك فانه

---

(١) المجموعة س ١٢ ص ٨٧٤ ــ سبقت الاشارة اليه .

(٢) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 523.

(٣) - J.M. Auby, R. Ducos-Ader, "Droit administratif", Op. Cit., p. 592.

(٤) - P. Delvolvé, "Responsabilité contractuelle", Op. Cit., no. 108.

فى جميع الفروض المتعلقة بالتكاليف والنفقات الخارجة عن النطاق التعاقـــدى "Charges extra-contractuelles" . والتى قد تلتـزم الادارة بتعويض المتعاقد معها عن تلك النفقات التى تكبدها بمناسبة تنفيذ العقد ، فان التزام الادارة بالتعويض لا يدخل فى نطاق المسئولية العقدية لها وذلك علــى التفصيل التالى :ـ

اولا : الصعوبات المادية غير المتوقعة :

التساؤل الذى نحن بصدده لا يتعلق بأساس المسئولية وبعبـــارة أخرى أساس حق التعويض وفقا لهذه النظرية (١) . ولكن المسألة المعروضـة للبحث تتعلق بالنفقات التى يتكبدها المتعاقد اذا ماصادف أثناء تنفيذ العقـد صعوبات مادية ذات طبيعة استثنائية وغير متوقعة عند ابرام العقد ، فانـــه طبقا لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة للمتعاقد الحق فى تعويض كامـل عما تسببه هذه الصعوبات من أضرار (٢) . واذا كان الأمر كذلك ، فهل هناك وجه للشبه بين تلك النفقات وتلك التى يعوض عنها المتعاقد فى حالة عمـل الأمير ؟

بدايـــة نقـرر أن التعويض الذى يحكم به فى حالة الاستناد الـــى أى من النظريتين عمل الأمير والصعوبات المادية غيـــر المتوقعة، يغطـى

---

(١) انظر ص ٥٢١ من هذا البحث .

(٢) - J. Dufau, Marché de travaux publics, J.C.A., Fasc. 521, 1987, no. 100.

كافة الاضرار التي تلحق بالمتعاقد ، أي أن القاعدة طبقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسي والمصري هو التعويض الكامل [١] . الا أن هذا التعويض في حالة تطبيق نظرية عمل الأمير هو مقابل لنفقات تعاقدية "Charges contractulles" أما في حالة تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة فان التعويض مقابل نفقات خارجة عن النطاق التعاقدي "Charges extra-contractulles"

فالنفقات الناتجة عن عمل الأمير من خلال الاجراءات الصادرة عن الادارة المتعاقدة والتي تؤثر على تنفيذ العقد ، والتي تثقل كاهل المتعاقد معها باعتبارها نفقات جديدة لم تكن في حسبانه لحظة ابرام العقد ، ماهي الا نفقات تعاقدية وبالتالي يمكن الحديث هنا عن مسئولية تعاقدية لجهة

---

(١) انظر على سبيل المثال : (بالنسبة لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة) :

- C.E. 2 décembre 1964, Port autonome de Bordeaux, Rec. p. 936: "L'indemnité ... pour réparer les conséquences onéreuses des sujétions imprévues ... doit couvrir ... l'ensemble du préjudice subi"; C.E. 12 mai 1982, Sté des autoroutes Paris-Rhin-Rhome, Rec. p. 668.

ويراجع حكم محكمة القضاء الاداري الصادر بجلسة ٢٠ يناير ١٩٥٧ في القضية رقم ٧٨٩٢ لسنة ٨ ق ــ سبقت الاشارة اليه.

وانظر فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع رقم ٩٥ الصادره بتاريخ ١٩٦٤/٢/٤ ــ سبقت الاشارة اليها.

وبالنسبة لنظرية عمل الأمير:

- C.E. 25 janvier 1963, Sté des alcools du Vexin, Rec. p. 50; C.E. 27 octobre 1978, Ville de Saint-Malo, Rec. p. 401; D. 1979, 366, note D. Joly.

ويراجع مؤلف الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي ، العقود ، المرجع السابق ، ص ٦٧٠ ، حيث يقول " اذا ماسلم مجلس الدولة بقيام نظرية عمل الامير أو الصعوبات المادية ، فان التعويض الــــذي يحكم به هو التعويض الكامل ، الذي يغطي جميع الاضرار التي [illegible] ".

الادارة ولكنها مسئولية تعاقدية دون خطأ يختص بها القانون الاداري. (١)

في حين أن حق المتعاقد في الحصول على تعويض كامل بالتطبيق لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة يقوم على افتراض أن تلك الصعوبات تكون أجنبية عن ارادة طرفي العقد، فلا هي ناتجه عن عمل أحد الطرفين المتعاقدين ولا يد لاى منهما في احداثها أو حتى زيادة آثارها وترتيبا على ذلك فان التزام الادارة بتعويض المتعاقد معها عن النفقات الخارجة عن النطاق التعاقدي والناتجة عن تلك الصعوبات لا يتعلق بالمسئولية العقدية (٢). ولهذا نرى أن ماذهب اليه الاستاذ " بيكينو " (٣) من محاولة رد تلك النظرية لفكرة المسئولية بالتقريب بينها وبين عمل أو خطأ الادارة، لا يتفق وكون تلك الصعوبات مستقلة عن ارادة طرفي العقد. ومن ناحية أخرى، فان الصعوبات التي يصادفها المتعاقد أثناء تنفيذ العقد اذا كان مرجعها الى عمل الادارة المشروع فانها تلحق بفرض عمل الأمير، اذا توافرت باقي الشروط، وعلى الأخص أن تكون تلك الصعوبات ناتجة عن عمل الادارة المتعاقدة. أيضا اذا كانت الصعوبات ناتجة عن خطأ الادارة، فانها تسأل في نطاق قواعد المسئولية التقصيرية. (٤)

---

(١) - P. Delvolvé, "Responsabilité contractuelle", Op. Cit., n°. 105.

(٢) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op.Cit., p. 502 et p. 554.

(٣) - P. Peguignot, J.C.A., ancien, Fasc. 515, Op. Cit., n°. 108.

(٤) الأستاذ الدكتور أنور رسلان، مذكراته السابق الاشارة اليها ص١٠. حيث يرى وبحق انه " لو أمكن القول بقيام الحق في التعويض في حالة الصعوبات غير المتوقعة على أساس المسئولية، لما احتاج الأمر الى ابتداع نظرية جديدة، ولاكتفى القضاء بتطبيق قواعد المسئولية دون أن يكلف نفسه هذا العناء ".

وعلى ذلك فان المسئولية العقدية لا تنشأ الا بمناسبة التصرفات الصادرة عن الأطراف المتعاقدة أثناء تنفيذ العقد ، ولهذا لا يمكن الحديث عن مسئولية عقدية بمناسبة تكاليف غير تعاقدية (١) .

وحتى بالنسبة للتكاليف والنفقات العقدية والمرتبطة بحسن تنفيذ العقد ، وفقا للقواعد الفنية المتعارف عليها في تنفيذ العقود وبخاصة في عقود الأشغال العامة ، لا يمكن أيضا الحديث عن مسئولية عقدية ـ بالمعنى المحدد لهذا المصطلح ـ الا اذا كانت تلك النفقات العقدية ناتجة عن فعل الادارة المتعاقدة ذاتها . وأوضح مثال للنفقات والتكاليف العقدية التي تلتزم الادارة بتعويض المتعاقد تعويضا كاملا عنها على الرغم من عدم تعلق التزامها بالتعويض بالمسئولية العقدية ، هو النفقات التي يتكبدها المتعاقد بمناسبة الأعمال الاضافية الضرورية والتي لا غنى عنها لتنفيذ العقد. (٢)

"Les travaux supplementaires indispensables"

---

(١) - Ph. Terneyre, Thèse précitée, p. 346.

(٢) لن نتعرض لدراسة نظرية الأعمال الاضافية الا بالقدر الذي يحقق وغرض هذا البحث ، ونحيل لمزيد من التفاصيل للمراجع التالية :

- F. Moderne, "La remuneration des travaux supplementaires effectués par les entrepreneure de T.P.", M.T.P., 18 avril 1977, p. 87; Ph. Terneyre, Thèse précitée, p. 125 et s; A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 267 et s. et p. 468.

والأعمال الاضافية الضرورية والتي لا غنى عنها لتنفيذ العقد على الرغم من عدم ظهورها في العقد ، الا أن النفقات الناتجة عنها تعتبر نفقات تعاقدية . ذلك أن المقاول يجد نفسه ملزما بتنفيذها لضمان تنفيذ عقد الاشغال العامة الذي يربطه بالادارة ، والذي يرتبط تنفيذه باستكمال بعض الأعمال الاضافية ذات العلاقة بالأعمال موضوع العقد والتي لا يمكن تنفيذها دون تلك الأعمال الضرورية .

فعلى الرغم من عدم النص عليها في العقد ولكونها لازمة لحسن تنفيذ العقد فان الادارة يجب عليها أن تؤدي للمتعاقد معها مبلغا مكملا للثمن الأساسي يغطي كافة النفقات التي تحملها مقابل هذه الأعمال . (١)

الا أن التزام الادارة في هذا الصدد لا يجب اعتباره ناتجا عن مسئوليتها العقدية . فالادارة في هذا الفرض لم يصدر منها أي فعل خاطئ

---

(١) - C.E. 19 février 1975, Franjau, R.D.P. 1975, p. 1732; 3 octobre 1979, Sté entrasudo, A.J.D.A., 1980, p. 434.

ويلاحظ أن أحكام مجلس الدولة الفرنسي لم تستخدم تسمية موحدة للأعمال الاضافية الضرورية، فبعض الأحكام يطلق عليها "Travaux necessaires" (حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١٢ مايو ١٩٧٦ في قضية "Commune de Teyran" المجموعة ص ٤٨٧) والبعض الاخر يطلق عليها "Travaux indispensables" (حكم المجلس في ١٧ أكتوبر ١٩٧٥ في قضية "Commune de Canari" المجموعة ص ٥١٦) .

أو حتى غير خاطيء مرتبط بتنفيذ العقد . فعلى الرغم من كون تلك الأعمال الاضافية الضرورية تشكل نفقات تعاقدية ، الا أن التزام الادارة بتكلفة الثمن لا يتعلق بالمسئولية العقدية . (١)

وعلى هذا الأساس تشترك تلك الأعمال الضرورية مع فرض الصعوبات المادية غير المتوقعة في أن مسئولية الادارة وان كانت بلا خطأ الا أنها لا تتعلق بالمسئولية العقدية . الا أن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة للأعمال الاضافية النافعة للادارة دون أن تكون لازمة وضرورية لتنفيذ العقد . "Les travaux utiles" وهذه الأعمال طبقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسي لا تعطى المتعاقد الحق في التعويض الا اذا كان تنفيذها قد تم بناء على موافقة أو أمر صريح من جهة الادارة المتعاقدة (٢) . ولهذا

---

(١) - P. Delvolvé, "Responsabilité contractuelle", Op. Cit., n°. 97: "En réalité, autant les travaux supplementaires indispensables constituent une charge contractuelle pour l'entrepreneur, autant ils sont une charge contractuelle pour le maitre de l'ouvrage, la responsabilité contractuelle n'est pas en cause à proprement parler".

(٢) - C.E. 14 novembre 1947, Daveiro, A.J.D.A., 1948. 298;
C.E. 17 octobre 1975, Commune de Canari, précité;
C.E. 16 décembre 1982, S.A. Etablissement Jedelé, R.D.P. 1983, p. 235.

فان الأستاذ " ديلفولفى " يلحق هذه الطائفة من الأعمال بفرض عمل الأمير على اعتبار أن قرار جهة الادارة المتعاقدة هو الذى أدى لتحمل الطرف الآخر فى العقد بنفقات اضافية ، وهذه النفقات وان لم تظهر فى العقد الا أنها تتعلق بالمسئولية العقدية للادارة . (١)

ثانيا : الظروف الطارئة "L'imprévision"

ان نظرية الظروف الطارئة تتيح للمتعاقد الذى أصابته خسائر فادحة تجاوز الخسائر العادية على نحو تختل معه اقتصاديات العقد اختلالا جسيما ، أن يطلب من الادارة المتعاقدة معه أن تشاركه فى تحمل نصيب من الخسارة التى حاقت به نتيجة تنفيذ العقد فى ظل هذه الظروف التى ماكان بوسعه توقعها والتى لا يد له فيها . (٢)

---

(١) - **P. Delvolvé**, "Responsabilité contractuelle", Op. Cit., n°. 104: "C'est donc la décision de l'administration contractante qui fait peser une charge supplémentaire sur l'autre partie .... elle relève de la responsabilité contractuelle. Elle rejoint d'ailleurs l'hypothèse du fait du prince".

ولمزيد من التفاصيل فى موضوع الأعمال الاضافية النافعة، يراجع :

- **J. Dufau**, Le droit des travaux publics, Op. Cit., p. 154 et s.
- **F. Moderne**, Article précité , in M.T.P., 18 avril 1977, p. 89.

(٢) يراجع حكم المحكمة الادارية العليا فى ١٩٨٥/١١/٣٠ فى الطعن رقم ٢٥٤١ لسنة ٢٩ ق ـ غير منشور .

فالمتعاقد فى ظل هذه الظروف الطارئة يجد نفسه ازاء موقف غيـــر تعاقدى "Situation extra-contractuelle"

والنفقات التى يتكبدها ماهى الا نفقات خارجة عن النطاق التعاقـــــدى (١) "Charges extra-contractuelles"

وترتيبا على ذلك فان التزام الادارة بتحمل جزء من هذه النفقـــات اللاتعاقدية ـ الجزء الأكبر ولكن ليس كل النفقات ـ وأن كان بمناسبة تنفيذ العقد، الا أن التزامها هنا أيضا لا يتعلق بالمسئولية العقدية .

ومما يؤكد ذلك أن التعويض فى حالة المسئولية التعاقدية دون خطأ بناء على نظرية عمل الأمير يتم تقريره بحسب ذات القواعد التى يتم بهـــا اصلاح الضرر فى حالة نكوث الادارة عن تنفيذ التزاماتها العقدية من خـــلال قاعدة التعويض الكامل (٢)، فى حين أن التعويض فى حالة الاستناد الـــى نظرية الظروف الطارئة ليس الا تعويضا جزئيا ومؤقتا .

واذا كان فعل الأمير لا يشكل تصرفا خاطئا ، وكذلك اذا كـــان استبعاد ركن الخطأ شرطا جوهريا للاستفادة من نظريتى الصعوبـــات المادية والظروف الطارئة فان ذلك يثبت بأنه فى المجال التعاقدى وأيضـــا المجال الخارج عن النطاق التعاقدى يمكن اقامة مسئولية الدولة فى بعـض

---

(١) - A. De Laubadère, J.C. Venezia, Y. Gaudemet, T.D.A., 10e éd., t. 1, Op. Cit., p. 636 et s.

(٢) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., pp. 553-554.

الحالات دون خطأ • كل مافى الأمر أن المسئولية فى حالة عمل الأمير تتصـــف بأنها مسئولية تعاقدية دون خطأ،يبررها أنه يجب اعادة التوازن المالـــــــى للعقد(١) • اما فى حالة الاستناد الى كل من نظريتى الصعوبات الماديـــــة غير المتوقعة والظروف الطارئة ، فان الادارة أيضا تلزم بتعويض المتعاقد معها دون خطأ من جانبها ، ولكن استنادا الى اعتبارات مختلفـة لا تتعلـــــــق بالمسئولية العقدية للادارة المتعاقدة •

---

(١) يلاحظ أن الأستاذ **"Jean Dufau"** لا يسلم بفكـــــرة المسئولية التعاقدية دون خطأ فى مجال نظرية عمل الأمير ، كمـــا أن الأستاذ الدكتور ثروت بدوى لا يسلم بفكرة التوازن المالى للعقـد الادارى فى هذا المجال • وسوف نتعرض للحجج التى استند اليهما كل منهما ورأينا فى هذا الموضوع عند تعرضنـــا لبحث أســـاس التعويض فى القسم الثانى من هذا البحث •

انظر :

- J. Dufau, Les concessions de service public, éd. du Moniteur, Op. Cit., p. 105; S. Badaoui, Thèse précitée, p. 129.

المطلب الثانـــي
" الضرر والتعويـــض بلا خطـــــأ "

ان التزام الادارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد معها تطبيقا لأي مـــن النظريات الثلاث وان كان قائما على انتفاء ركن الخطأ ، الا أنه لا يتقـــرر الا اذا أصاب المتعاقد ضرر من جراء المخاطر الادارية والاقتصادية والطبيعية التى قد يصادف احداها أثناء تنفيذ العقد . وركن الضرر هو أحد أركـــان المسئولية طبقا للقواعد العامة ، يستوى فى ذلك المسئولية المدنية فـــى القانون الخاص والمسئولية فى نطاق القانون العام ، وسواء أكانت مسئوليـــة عقدية أو كانت مسئولية غير عقدية ، وسواء أكانت مسئولية قائمة على أســـاس الخطأ أو بدون خطأ . (١)

وفى نطاق القانون العام وفيما يتعلق بالمسئولية على أساس الخطـأ أو المسئولية بدون خطأ فان تحقق الضرر شرط أساسي ولازم لقيـــام المسئولية وتكامل أركانها من فعل وضرر وعلاقة السببية المباشرة بينهمـــا دون تمييز بين ركن وآخر من أركان المسئولية من حيث الأهمية. (٢)

(١) - M. Rougevin-Baville, "Responsabilité sans faute", Op. Cit., n°. 30; P. Delvolvé, "Responsabilité contractuelle", Op. Cit., n°. 161.

(٢) - R. Chapus, Thèse précitée, n°. 401: "On ne saurait établir une hiérarchie entre les diverses conditions de la responsabilité, qui sont toutes, par hypothèse, également nécessaires".

وأيا كانت طبيعة الفعل أو الحدث المسبب للضرر ، فانه يقع على عاتق المتعاقد الذى أصابه الضرر أن يقدم الدليل على وجود الضرر الذى يطالب بالتعويض عنه . (١) . وفى نطاق كل من النظريات الثلاث عمل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة والظروف الطارئة ، اذا كان تطلب ركن الضرر شرطا أساسيا لامكان استناد المتعاقد الذى اصابه ضرر الى أى منها اذا توافرت باقى الشروط ، الا أنه فى نطاق نظريتى عمل الأمير والصعوبات المادية لا يشترط فى الضرر الذى يبرر تطبيق النظريتين أى قدر من الجسامة ، فى حين يشترط فى الضرر الذى يطالب المتعاقد بالتعويض عنه فى نطاق نظرية الظروف الطارئة أن يصل الى درجة ارهاق المتعاقد وأن يؤدى الى قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب . (٢)

وفى مجال اثبات وجود الضرر القابل للتعويض ، يؤكد الأستاذ " دى لوبادير " أن المتعاقد لا يمكنه المطالبة بالتعويض الا اذا أثبت أن هناك ضرر مؤكد ومباشر قد أصابه ، وأن هذا الضرر ماهو الا نتيجة الاجراء الذى سبب الخسائر التى يطالب بالتعويض عنها . (٣)

---

(١) تراجع رسالة الأستاذ الدكتور ثروت بدوى ، نظرية عمل الأمير ، المرجع السابق ، والأحكام التى أشار اليها فى صفحتى ١٣٧ ، ١٣٨ .

(٢) الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى ، العقود ، المرجع السابق ص ٦٧٠ .

(٣) مطوله فى العقود ، الطبعة الأولى ، الجزء الثالث ، المرجع السابق ص ٠٣٠ ويراجع حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٨ مارس ١٩٤١ فى قضية "Amet" مجموعة ليبون ص ٩٩ ، وقد جاء بهذا الحكم:

"Le requérant n'a produit aucune justification de nature à établir que les majorations de taxes dont il est fait état aient eu pour conséquence directe d'accroitre la charge lui incombant".

ويشير الأستاذ **"Terneyre"** الى أنه من الناحية العملية، فانه في العديد من أحكام مجلس الدولة الفرنسي قد رفض طلب التعويض لأن المتعاقد لم يتمكن من اثبات وجود الضرر، وأنه حتى في الحالات التي تعدل فيها الادارة العقد بارادتها المنفردة ، فان قضاء مجلس الدولة برفض أي حق للمتعاقد في التعويض لعدم تمكنه من اثبات أن الضرر الذى أصابه كان نتيجة لهذا التعديل .(١)

ومع ذلك فانه في مجال تدخلات الادارة المتعاقدة في تنفيذ العقد، فان بعض هذه التدخلات المشروعة لا يمكن في جميع الفروض أن تسبب ضررا . ومن ذلك أن تفسخ الادارة العقد بارادتها المنفردة(٢) ، في حالة ما اذا تبين أن الاستمرار في تنفيذ العقد سيكون أكثر ارهاقا للمتعاقد.(٣)

---

(١) - **Ph. Terneyre,** Thèse précitée, p. 304, et jurisprudence citée in note 1 et 2.

(٢) - "La résiliation unilatérale sans faute du cocontractante".

(٣) - C.E. 21 décembre 1928, Nerson, Rec. p. 1340:
"Considérant que la mesure prise par l'administration a mis fin à des marchés, dont la continuation ne pouvait procurer au fournisseur aucun bénéfice; que la société Nerson ne peut, dès lors, prétendre à une indemnité pour manque à gagner".

ومن ذلك أيضا تدخل الادارة بتعديل وسائل تنفيذ العقد بما يجعلـه أقل ارهاقا [(١)] . ومن ناحية أخرى فان قضاء مجلس الدولة الفرنسي يرفض منـح أي تعويض للمتعاقد اذا كان تعديل العقد لم تأمر به الادارة الا بناء علـــى طلب المتعاقد ذاته [(٢)] .

ويشير الأستاذ " بيكنيو " الى أنه من الضروري علاوة على اثبـــات وجود الضرر ، أن توجد علاقة سببية بين الاجراء الصادر عن الادارة والضـرر الذي أصاب المتعاقد . وأنه على الرغم من وضوح هذه القاعدة الا أنه يجـب التركيز عليها وابرازها لأن الأمر قد يدق في بعض الحالات [(٣)] .

وفي مجال نظرية الظروف الطارئة ، يجب على المتعاقد أن يثبت أن الظرف الطارىء قد أدى الى اختلال جسيم في اقتصاديات العقد بما مـــن شأنه أن يلحق به خسائر فادحه [(٤)] . وهذا يعني أن الحادث الطارىء الذي سبب الضرر المتمثل في اختلال اقتصاديات العقد يجب أن يقوم على عنصـــر

---

(١) - C.E. 28 novembre 1947, Saad, Rec. p. 645.

(٢) - **S. Badaoui**, Thèse précitée, p. 138 et jurisprudence citée in note 29.

(٣) - **G. Pequignot**, Thèse précitée, p. 34 et s.

(٤) - Circulaire du Premier Ministre et du Ministre de l'Économie et des Finances du 20 novembre 1974. (J.O. du 30 nov. 1974), Le Moniteur "Textes Officiels" 23-30 nov. 1974, p. 186.

وثيق الصلة بدرجة كافية بالعقد ، من زاوية العلاقة التي يجب تحققها بين الحادث الطارىء والعناصر المختلفة للعقد ، وبحيث يؤثر تأثيرا مباشرا على موقف المتعاقد بالنسبة لتنفيذ التزاماته العقدية (١) . فيجب اثبات أن الحادث المسبب للضرر قد ترتب عليه الحاق خسائر بالمتعاقد ، ولكن في نطاق النفقات والتكاليف الجوهرية المتصلة بالعقد اتصالا مباشراً. فالنفقات المقابلة للتوريدات والخدمات التي يجب للمتعاقد الحصول عليها والضرورية لتنفيذ التزاماته العقدية ، هي التي يمكن أن توصف بأنها تكاليف جوهرية (٢) . أما ما عداها من نفقات لا يقتضيها تنفيذ الالتزامات العقدية ، فلا يمكن أن تكون سببا للتعويض ، خاصة وأن مسئولية الادارة تتقرر دون خطأ من جانبها . (٣)

---

(١) - S.Pautot, "La théorie de l'imprévision dans les marchés de batiment et de T.P.", Op. Cit., p. 14.

(٢) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 584.

(٣) وتطبيقا لذلك ، فان المتعاقد - على سبيل المثال - لا يستطيع أن يستند الى ارتفاع أسعار المواد الناجم عن تعديل سعر الصرف ، بما أنه لم يكن بصدد التزام مباشرة شراء صفقات لهذه المواد لكي ينفذ التزاماته العقدية . فهي تدخل اذن في المخاطر العادية لأي عقد ، والتي يجب أن تظل على عاتقه وحده .

يراجع على سبيل المثال :

- C.E. 7 octobre 1970, Pierre Lavigne, Rec. p. 1097; A.J.D.A., 1971. 314.

أما الارتفاع غير المتوقع في أسعار الزئبق في عقد توريد هذه المادة ، والذي يترتب عليه زيادة أعباء الشركة المتعاقدة بتحميلها خسائر فادحة الى حد قلب اقتصاديات العقد ، فانه يعتبر من النفقات والتكاليف الجوهرية والمتصلة بتنفيذ العقد مباشرة .

يراجع في هذا الصدد : حكم المحكمة الادارية العليا الصادر في ٩ يونيه سنة ١٩٦٢ ، س ٧ ، ص ١٠٢٤ .

وفيما يتعلق بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، يكون من حـــق المتعاقد مع الادارة الرجوع عليها بالتعويض ، اذا أثبت أن الصعوبات التـــي واجهها قد أدت الى زيادة أعباءه ، من خلال اثبات أن النفقات التي تكبدهـــا قد تجاوزت الأسعار المتفق عليها في العقد وتوافرت بالطبع بقية الشروط (١) .

وفي جميع الأحوال ، فانه فضلا عن ضرورة اثبات وجود الضرر ، يجـــب أيضا أن يحدد المتعاقد الذي أصابه ضرر في عريضة دعواه ، جملة النفقـــات والتكاليف التي تكبدها والتي يطالب بالتعويض عنها استنادا الى أي من النظريات الثلاث (٢) ؛ وبالطبع فانه اذا خلت عريضة الدعوى من تقدير قيمة الضـــرر المطالب بالتعويض عنه ، فان المتعاقد لا يمكنه الحصول على التعويض. (٣)

واذا كان تسليم القضاء الاداري بتطبيق أي من النظريات الثـــلاث، يفترض أن الفعل أو الحادث الذي سبب الضرر ، لا يتضمن أي خطأ مـــن جانب الادارة . (٤) واذا كانت مسئولية الادارة بلا خطأ ، وكان الضرر الذي يلحق بالمتعاقد أحد الشروط الأساسية لالتزام الادارة بتعويض المتعاقـــد ، الا أنه لا يكفي اثبات وقوع الضرر ، بل يجب أن يتوافر لهذا الضرر خصائـــص معينة حتى يمكن أن يكون قابلا للتعويض (٥) "Existence d'un préjudice réparable".

---

(١) - **B. Sablier**, Thèse précitée, p. 35.

(٢) - **Ph. Terneyre**, thèse précitée, p. 106.

(٣) - C.E. 6 avril 1979, "Sté la plage de La Forêt", A.J.D.A., décembre 1979, p. 29.

(٤) الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي ، العقود ، المرجع السابـــق ، ص ٦٦٠ .

(٥) - **Ph. Terneyre**, Thèse précitée, p. 107.

أولا : الشروط العامة المتعلقة بخصائص الضرر :

"Conditions générales relatives aux caractères du préjudice"

فى جميع صور المسئولية وسواء أكانت مسئولية عقدية أو غير عقدية، بخطأ أو بدون خطأ ، فان الضرر يجب أن يكون مؤكدا ومباشرا ويمكن تقديره بالمال[(١)] . والشرط الاول يرد الى وجود الضرر فى حد ذاته ، فكون الضرر مؤكدا يلحق بتحقق الضرر ذاته أكثر من كونه من خصائصه[(٢)] . ولقد تعرض القضاء فى العديد من أحكامه لتوضيح هذا الشرط سواء فيما يتعلق بالضرر الذى يصيب الادارة أو المتعاقد معها[(٣)] . والشرط الثانى يتعلق بعلاقة السببية بين الضرر والفعل أو الحادث الذى يدعى المتعاقد بأنها سبب ما أصابه من ضرر . وصعوبات تقدير تحقق السببية المباشرة بين الفعل والضرر هى ذاتها التى نواجهها فى مجال المسئولية العقدية أو غير العقدية،

(١) - P. Delvolvé, "Responsabilité contractuelle", Op. Cit., p. 33: "Le préjudice doit etre certain (V. n^{os}. 162 et s., et n^{o}. 267), direct (V. n^{os}. 176 et s.), évaluable en argent".

(٢) ويلاحظ أن الضرر المحتمل **(Préjudice éventuel)** طبقا للقواعد العامة لا يعوض عنه الا اذا تحقق ، وهو يختلف عن الضرر المستقبل **(Préjudice futur)** وهو المحقق الوقوع فى المستقبل .

انظر فى التفاصيل : الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد الأستاذ الدكتور عبدالرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ص ٦٨١ ومطول الأستاذ " دى لوبادير " فى العقود ، الطبعة الثانية ، الجزء الأول ، المرجع السابق ، ص ٧٦٥ .

(٣) - C.E. 19 mars 1982, Soc. nationale de construction, Rec., table, p. 677;
C.E. 28 sept. 1984, Centre de soins et d'hygiène mentale Ulysse Trelat, Rec., table., p. 673.

وهي ذاتها أيضا في المسئولية الادارية والمدنية على السواء (١) . والقضاء الاداري لا يسلم بوجود علاقة السببية بين الفعل والضرر الا اذا كان هذا الضرر – موضوعيا – النتيجة الطبيعية للفعل المدعى بكونه سببا للضرر (٢) . وقد رفض طلب التعويض في العديد من أحكام مجلس الدولة الفرنسي تأسيسا على أن الضرر المدعى به غير مباشر بما لا يعطي الحق في التعويض . (٣)

ثانيا : الضرر القابل للتعويض في نطاق النظريات الثلاث :

لا يشترط في الضرر الذي يبرر تطبيق نظريتي عمل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة أي قدر من الجسامة ، فقد يكون الضرر جسيما أو يسيرا ، وقد يتمثل في ضرر فعلي يصيب المتعاقد وقد يكون مجرد انقاص في الربح الذي عول عليه (٤) .

(١) - **A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé,** T.C.A., 2e éd., t. 1, Op. Cit., p. 765.

ولمزيد من التفاصيل في موضوع علاقة السببية ، يراجع :

- **J.P. Taugourdeau,** "Le caractère certain et direct du préjudice en matière de responsabilité extra-contractuelle de la puissance publique"; P. Vialle "Lien de causalité et dommage direct dans la responsabilité administrative", R.D.P. 1974,. 1243 et s.

(٢) - **R. Odent,** "Contentieux administratif", Institut d'études politiques de Paris, 1977-1978, t. 4, p. 1504.

(٣) - **Ph. Terneyre,** Thèse précitée, p. 108 et s.

(٤) الاستاذ الدكتور سليمان الطماوي ، العقود ، المرجع السابق ، ص ٥٧١ ، ص ٦٧٠.

أما فيما يتعلق بنظرية الظروف الطارئة فانه يشترط لاعمال تلك النظرية أن يكون من شأن الظرف الطارىء أن يلحق بالمتعاقد خسائر فادحة واستثنائية ، تجاوز الخسائر العادية المألوفة في التعامل بحيث يترتب عليها قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب . "Bouleversement de l'économie du contrat" (١)

وعلى ذلك اذا كانت تلك الخسارة طفيفة بالنسبة لمجموع عناصر العقد ، أو كانت في حدود الخسارة العادية ، أو اقتصر أثر الظرف الطارىء على تفويت فرصة الربح على المتعاقد بانقاص أرباحه كليا أو جزئيا ، فانه ليس ضررا يستوجب التعويض في مفهوم تلك النظرية . (٢)

---

(١) يراجع حكم المحكمة الادارية العليا الصادر في ٣٠ نوفمبر ١٩٨٥ ، في الطعن رقم ٢٥٤١ لسنة ٢٩ ق ـ غير منشور ـ سبقت الاشارة اليه ـ حيث تستخدم المحكمة باستمرار الصيغة التالية في أحكامها المتعلقة بنظرية الظروف الطارئة : " يشترط لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة عدة شروط ... وأن يكون من شأن هذه الظروف اصابة المتعاقد بخسائر فادحة تجاوز الخسارة العادية التي يمكن احتمالها على نحو تختل معه اقتصاديات العقد اختلالا جسيما " .

(٢) يراجع فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم ٩٤١ في ١٩٦٤/١١/٣ ـ سبقت الاشارة اليها ـ وقد جاء بهذه الفتوى : " ان مجموع قيمة المبالغ المطالب بها ٧٦١ جنيها و ٩٠٢ مليما بالنسبة الى قيمة العقد البالغة ١٣٠١٢ جنيها و ٢٠٠ مليما ، هي نسبة لا تجاوز ٦٪ ومن ثم فانها تكون في حدود الخسارة العادية المألوفة في التعامل ، ولا تجاوزها الى درجة الخسارة الجسيمة الاستثنائية غير المألوفة ، ومن حيث أنه يخلص من ذلك أن قيام الشركة بأداء المبالغ المشار اليها ـ زيادة على الأسعار الواردة في عطائها والتي تم التعاقد على أساسها ـ لا يترتب عليه ، الحاق خسارة فادحة بالشركة تؤدي الى قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب ... " .

الا أنه في نطاق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وفيما يتعلـــــق بالعقود الجزافية "Les marchés a forfait" وهي التـــــي تتضمن تحديد أجر لكمية الأعمال المطلوبة وتحديدا اجماليا لما تلتـــــزم الادارة بدفعه من ثمن يقابلها (١) ، فان هذا الطابع الجزافي في تحديد الثمن له أثـره في درجة جسامة الضرر التي يجب توافرها حتى يمكن الزام الادارة بالتعويض دون خطأ من جانبها . فاذا كان الطابع الجزافي في تحديد الثمن لا يحـــول دون تطبيق نظرية الصعوبات غير المتوقعة طبقا لقضاء مجلس الدولة الفرنســـي (٢) ، الا أنه يجب أن يصل الضرر الى درجة الاخلال باقتصاديات العقد ، وفي هـــذا تلتقي تلك النظرية مع نظرية الظروف الطارئة (٣) . ومن الناحية العمليـــــة فان الضرر المتمثل في قلب اقتصاديات العقد في نطاق نظرية الظروف الطارئـة يرتبط بالتفرقة بين المخاطر العادية والمخاطر غير العادية في تنفيذ العقـود . ولهذا فان قلب اقتصاديات العقد مسألة نسبية تقدر في كل حالة على حـــدة .

---

(١) يراجع مطول الأستاذ " دى لوبادير " في العقود ، الطبعة الأولـى ، الجزء الثالث ، المرجع السابق ، ص ١٧ ، ١٨ .

(٢) يراجع على سبيل المثال :

- C.E. 3 novembre 1982, Soc. d'exploitation Louis Gros, R.D.P. 1983, p. 1420.

ويراجع فتوى الجمعيـــة العموميـــة للقسم الاستشاري للفتـــوى والتشريع بمجلس الدولة المصرى رقم ٩٥ بتاريخ ٤ فبرايـــر ١٩٦٤ ، سبقت الاشارة اليها .

(٣) - Y. Desmurs-Moscet, "La théorie des sujétions imprévues et le nouveau C.C.A.G."., Mon. T.P. 5 décembre 1977, p. 97.

وتخضع لاعتبارات عديدة أهمها المقارنة بين النفقات التي يدعيها المتعاقد وعناصر العقد في مجموعه، لتبين ما اذا كان لهذه النفقات خصيصة الضرر الجسيم وقلب اقتصاديات العقد • وهذا ماطبقه مجلس الدولة الفرنسي في العديد من أحكامه، ففي حكمه الصادر في ٢ يوليو ١٩٨٢ في قضية "Société routière Colas" (١) قدر المجلس أن زيادة الأعباء الاجتماعية من ١٪ الى ٢٪ من قيمة اجمالي المبلغ النهائي للعقد ، والاثار المترتبة على توقف العمل لمدة ٤٨ يوما ــ نتيجة الاضراب ــ من أشغال مدتها ٢٤ شهر، لا يعدان تكاليف غير عادية ولا يمثلان قلبا للتوازن المالي للعقد واختلالا لاقتصادياته وبالتالي عدم توافر خصيصة جسامة الضرر الذي يبرر تطبيق النظرية• (٢)

---

(١) - C.E. 2 juillet 1982, Société routière Colas, Rec. p. 261; Marchés publics, 1983, n°. 197, p. 53, Concl. O. Dutheillet de Lamothe.

(٢) يراجع أيضا من أحكام مجلس الدولة الفرنسي التي تعرضت لبيان خصيصة قلب اقتصاديات العقد :

- C.E. 7 octobre 1970, Pierre Lavigne, Rec. p. 1097; 2 mars 1977, Société Leflon et Cie et Hoeltgen, Rec. p. 890.

ويلاحظ أن هذا الحكم الأخير بعد أن استعرض شروط تطبيق نظرية عمل الأمير ، رفض تعويض المتعاقد على أساس تلك النظرية ذلك أن الضرر الذي أصابه انما تحمله في ذات الظروف الخاصة بسائر الصناع ، ثم استعرض المجلس شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة وبصفة خاصة خصيصة الضرر الذي يصل الى حد قلب اقتصاديات العقد ، الا أن هذا الشرط أيضا تخلف في هذه القضية حيث أن النفقات التي تكبدها المتعاقد لم تعدل من اقتصاديات العقد بدرجة كافية لمنحه الحق في التعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة • وسوف نتعرض لهذه الجزئية بشيء من التفصيل عند بحث شروط تطبيق النظريات الثلاث في المبحث الثاني من الفصل الثاني للقسم الاول من هذا البحث •

واذا كان لا يشترط فى الضرر المترتب على عمل الأمير درجة معينـــــة من الجسامة فهل يشترط فى هذا الضرر الذى يصيب المتعاقد ان يكون ضــــررا خاصا ؟ "Préjudice spécial". بداية يمكن أن نعرف الضرر الخـــاص بأنه الضرر الذى يصيب فردا أو مجموعة من الأفراد بصفة ذاتية وكافية لأن يكــون الاخلال بمبدأ المساواة واضحا جليا . (١)

وفكرة خصوصية الضرر لا تثار الا فى نطاق المسئولية دون خطـــــأ للادارة فى مواجهة المتعاقد معها ، أما مسئولية المتعاقد تجاه الادارة فهـــى لا تقوم الا فى حالة النكوث عن تنفيذ التزاماته العقدية أى على أساس الخطـأ ، ولذا لا تثار فكرة الضرر الخاص فى هذه المسئولية ، حيث أن كل خطأ عقـدى يتضمن بالضرورة ضررا خاصا بالمتعاقد الاخر (٢) ففى المسئولية العقديـــة ، والمسئولية غير العقدية ، على حد سواء ، لا تثار مسألة الضرر الخاص وغيــر العادى الا فى نطاق المسئولية دون خطأ (٣) . وعلى الرغم من هــــذه العموميات الا أنه بخصوص فكرة الضرر الخاص فيما يتعلق بنظرية عمل الأمير — باعتبارها تطبيقا للمسئولية العقدية دون خطأ — فقد اختلف الفقهـــاء حول هذه المسألة . ويمكن رد آراء الفقهاء الى اتجاهات ثلاثة :

---

(١) - **M. Rougevin-Baville**, "Droit public approfondi , La responsabilité administrative", Cours I.E.P., 1980-1981, p. 28.

(٢) - **A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé**, T.C.A., 2e éd., t. 1, Op. Cit., p. 766.

(٣) - **Ph. Terneyre**, Thèse précitée, p. 315.

الاتجاه الأول : يرى البعض من الفقهاء أن نظرية عمل الأمير لا تعطى الحق في التعويض الا اذا كان الضرر الذى لحق بالمتعاقد ضررا خاصا . ومن أنصار هذا الاتجاه الأستاذ الدكتور ثروت بدوى ، حيث يرى أن مجلس الدولة الفرنسي لا يعوض عن الضرر المترتب على الاجراءات العامة الا اذا أثبت المتعاقد أن ضررا خاصا قد لحقه ، وأن هذا الضرر الخاص لا يشاركه فيه سائر من يمسهم الاجراء العام ‪.‬ (١)

ولقد أخذت محكمة القضاء الاداري المصرية في حكمها الصادر فى ٣٠ يناير ١٩٥٥ بفكرة خصوصية الضرر كشرط لقيام الحق فى التعويض، تأسيسا على نظرية عمل الأمير التى تثير مسئولية الادارة المتعاقدة دون خطأ (٢)

---

(١) - **S. Badaoui**, Thèse précitée, p. 209 et s.

ويبدو أن الأستاذ الدكتور ثروت بدوى قد جعل من فكرة الضرر الخاص الشرط الوحيد الذى يكفى بذاته لمنح التعويض فى هذه الحالات ، حيث يقول فى ص ٢١١ من رسالته المشار اليها :

"La notion du préjudice spécial constitue, à nos yeux, le seul critère que l'on puisse fournir pour expliquer une jurisprudence, en apparence contradictoire. C'est le seul qui puisse corriger le principe général d'irresponsabilité que nous avons degagé de l'ensemble de la jurisprudence".

(٢) مجموعة أحكام المحكمة ، السنة التاسعة ، ص ٢٦٨ . وقد جاء بهذا الحكم: " يشترط لقيام الحق فى التعويض تأسيسا على نظرية عمل الأمير أن تصدر الحكومة تشريعا عاما جديدا يمس مركز المتعاقد معها بضرر خاص " .

والمحكمة الادارية العليا في حكمها الصادر في ٢٠ مايو سنة ١٩٦١ التزمت ذات المسلك الذي أخذت به محكمة القضاء الاداري ، حيث استعرضت المحكمة شروط تطبيق نظرية عمل الأمير ومن بينها " أن يلحق بالمتعاقد ضرر خاص لا يشاركه فيه سائر من يمسه القرار العام"(١) .

وفي فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشاري الصادرة في ٣ نوفمبر سنة ١٩٦٤ لم تفرق الجمعية في فتواها بين الاجراء الخاص والعام وأفتت بأنه " يشترط لاعمال هذه النظرية صدور اجراء خاص أو عام من جانب الادارة المتعاقدة ، لم يكن متوقعا وقت التعاقد ، يترتب عليه الحاق ضرر خاص بالمتعاقد لا يشاركه فيه سائر من صهم هذا الاجراء". (٢)

الاتجاه الثاني : البعض الآخر من الفقهاء يؤكد على أن الضرر الذي يصيب المتعاقد بناء على الاجراء الصادر من الادارة المتعاقدة هو دائما ضرر خاص، نظرا للرابطة التعاقدية التي تربط المتعاقد بالسلطات العامة والتي تميزه عن سائر المضرورين من تلك الاجراءات . ولقد نادى بهذا التفسير العميد " هوريو " في تعليقه على حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية

---

(١) سبقت الاشارة اليه . وقد رأت المحكمة في خصوص هذه الدعوى أن عقد المدعي قد أضحى بالقانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٥٨ عقد استثمار ، وأن هذا التشريع عام يصدق على كل مستغل للعقارات ذات النفع العام ، فان كان قد مس المدعي بضرر ، فليس هذا من قبيل الضرر الخاص الذي لا يشاركه فيه سواه .

(٢) الفتوى رقم ٩٤١ في ١٩٦٤/١١/٣ ــ مجموعة السنة ١٩ ، ص٢١٨ (سبقت الاشارة اليها) .

"Zeilabadine" (١). ومع تسليم استاذنا الدكتور سليمان الطماوى بأن القضاء لا يؤيد تفسير العميد هوريو ، الا أن سيادته يرى أن هذا التفسير " هو وحده الذى يجعل للتعويض أساسا متميزا فى هذه الحالة، ويلحقه بنظرية عمل الأمير ، كفكرة يقتصر تطبيقها على نطاق العقود الادارية. أما استبعاد تفسيره ، والاقتصار على فكرة "الضرر الخاص"، بمعناها المطلق ، فيجعل المسئولية فى هذه الحالة تخضع للقواعد العامة فى المسئولية عن الاضرار التى تلحق الافراد من جراء التشريعات ، سواء أكانت تربطهم بالادارة رابطة تعاقدية أم لا" (٢).

الاتجاه الثالث : ويتزعمه الأستاذ "ديلفولفى " حيث يرى – وبحق – أن شرط خصوصية الضرر لا يضيف شيئا للشروط الأخرى للمسئولية العقدية دون خطأ (٣).

---

(١) - **M. Hauriou,** note au S. 1910, 3, 1, sous l'arret Zeilabadine: Le préjudice subi par le cocontractant par suite de la mesure prise par l'administration cocontractante "serait toujours spécial en ce sens que la victime, par le contrat même, se trouvait placée vis-à-vis de l'administration dans une situation spéciale".

(٢) مؤلف استاذنا العميد سليمان الطماوى فى العقود ،المرجع السابق ، ص ٥٩١.

(٣) - **P. Delvolvé,** "Responsabilité contractuelle", Op. Cit., p. 33: "... l'exigence de cette condition (le caractère spécial du préjudice) n'ajoute rien aux autres conditions de la responsabilité contractuelle sans faute".

ولهذا فان الآراء السابقة مبالغ فيها ، فمن ناحية ، هناك حالات على الرغم من أن الضرر أصاب طائفة معينة من المتعاقدين مع الادارة ، فان هذه الطائفة لها مع ذلك الحق في التعويض • فعلى سبيل المثال الفسخ الانفرادى لكل عقود هذه الطائفة "La résiliation unilatérale de toute une série de contrat" ، والذى لا يعد عقبة أمام هؤلاء المتعاقدين للمطالبة بالتعويض وذلك طبقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسي في النزاع المعروف باسم Zeilabadine [(١)]. ومن ناحية أخرى فانه على اعتبار أن المتعاقد تربطه بالادارة علاقة تعاقدية ، فانه يكون في وضع خاص يقتضي عدم تطلب أو تعطيل كل شرط متعلق بخصوصية الضرر، فيكفي اثبات أن الضرر الذى أصابه ناجم عن اجراء اتخذته الادارة المتعاقدة، لكى يتوافر شرط الخصوصية ، وهو ماعبر عنه الأستاذ ديلفولفى ، بقوله :

"Considérerque, par sa situation, le cocontractant est dans une situation spéciale revient à supprimer toute condition de spécialité"(٢)

ونحن من جانبنا نؤيد ماذهب اليه الأستاذ "ديلفولفى" من أن شرط خصوصية الضرر لا يضيف شيئا للشروط المتطلبة لتقرير مسئولية الادارة العقدية دون خطأ في نطاق نظرية عمل الأمير استنادا للحجج التالية :-

---

(١) - C.E. 19 nov. 1909, Zeilabadine, S. 1910.3.1, note Hauriou, précité.

(٢) - **P. Delvolvé**, Op. Cit., n°. 279.

وانظر عكس ذلك :

- **S. Badaoui**, Thèse précitée, p. 208.

١ ـ أن فكرة الضرر الخاص ذات مفهوم واسع فضفاض ولا تصلح أن تكون معيارا يستهدى به القضاء لأنها فكرة غير محددة بدرجة كافية (١) ،كالتحديد الذي يؤخذ به في المسئولية خارج النطاق التعاقدي على أساس مبدأ المساواة أمام التكاليف العامة (٢)، ففي نطاق المسئولية غير العقدية دون خطأ،تتميز الشروط المتعلقة بالضرر بذاتية خاصة بالمقارنة بالشروط المتطلبة لقيام المسئولية غير العقدية بخطأ ،فالاجراء الذى يترتب عليه مسئولية الادارة دون خطأ على أساس مبدأ المساواة أمام التكاليف العامة يجب أن يؤدي الى ضرر خاص واستثنائي (٣).

---

(١) يراجع مؤلف استاذنا الدكتور سليمان الطماوى ، العقود ، المرجع السابق ص ٥٩١ حيث يقول : « ان الاقتصار على فكرة الضرر الخاص بمعناها المطلق ، يجعل المسئولية فى هذه الحالة تخضع للقواعد العامة فى المسئولية عن الأضرار التى تلحق الأفراد من جراء التشريعات ، سواء أكانت تربطهم بالادارة رابطة تعاقدية أم لا ، مما وضع مجلس الدولة الفرنسى أساسه فى حكمه المشهور فى قضية **La Fleurette** ».

(٢) - **P. Delvolvé**, "Le principe d'égalité devant les charges publiques", 1969, L.G.D.J., p. 260 et s.

(٣) يراجع فى هذا الخصوص :

الأستاذ الدكتور رمزى طه الشاعر ، قضاء التعويض "مسئولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية"، ١٩٩٠ ، ص٩٤ ومابعدها.

واذا كان يجمع بين المسئولية العقدية بدون خطأ والمسئولية غير العقدية بدون خطأ أنتفاء ركن الخطأ ، الا أن الشروط المتطلبة لقيام الأولى تختلف وتتميز عن تلك المتطلبة لوجود الثانية . ولهذا فان الأساس القانوني لكل منها مختلف تماما ، فالعقد هو مصدر المسئولية العقدية دون خطأ ، وفى غياب الرابطة التعاقدية فان مبدأ المساواة أمام التكاليف العامة يؤدي دوره فيما يتعلق بالمسئولية غير العقدية دون خطأ . ويكون منطقيا ، أن لا نجد في المسئولية العقدية، الشروط المتعلقة بهذا المبدأ ، وخاصة أن المساواة أمام التكاليف العامة ، مبدأ مستبعد في نطاق الروابط التعاقدية . (١)

٢ ــ اذا كان الضرر الذى أصاب المتعاقد ناجما عن اجراء خاص بالعقد ، فان مسألة خصوصية الضرر لا تثار ، حيث أنها فى كل حالة سوف تندمج فى خصوصية الاجراء ذاته الذى سبب الضرر والخاص بالعقد . وعلى ذلك فان الضرر الذى يصيب المتعاقد هو بالضرورة وبالتبعية ضرر خاص .

---

(١) - C.E. 6 janvier 1971, Société anonyme de gérance des vêtements Abdon, R.D.P. 1973. 276: "La société requérante étant placée vis-à-vis de l'Etat dans une situation contractuelle, le moyen tiré de ce que la décision suspendre la libération des échanges lui aurait causé un préjudice spécial lui ouvrant droit à indemnité fondée sur la rupture de l'égalité devant les charges publiques est, en tout état de cause, inopérant".

وعندما يكون الضرر ناجما عن اجراء عام ، فان المسألة تنحصر فـــى الاعتبار المتعلق بنطاق هذا الاجراء. فعندما يصيب الاجراء موضوع العقـــد ذاته أو على الأقل أحد عناصره الأساسية ، فان للمتعاقد الحق في التعويض ــ اذا توافرت بالطبع باقي الشروط ــ دون أن يكون في حاجة الى بحث ما اذا كان الضرر الذى أصابه خاصا أم لا ، وخاصة اذا كان الفرض أن كـل متعاقد مـع الادارة قد وجد فى ذات الظروف وأصابه ذات الضرر ، فان ذلك لا يعد عقبـة أمام كل منهم للحصول على تعويض لهذا الضرر. فالعامل الأساسى هـــو أن يكون الاجراء العام قد أصاب مسألة يمكن اعتبارها أساسية أو حاسمة فى ابـرام العقد ، مسألة هى التى دفعت الفرد الى أن يقرر الدخول فى رابطة تعاقدية مع الدولة . فعندما يبدو أن المتعاقد ماكان ليقبل أن يرتبط الا من خـلال اعتبارات وظروف معينة كانت موجودة لحظة ابرام العقد ، فاذا ماجاء اجـــراء عام ليعدل هذه الظروف التى قبل التعاقد فى ظلها ، فان النتائج الماليـــة لهذه التعديلات يجب أن تكون على عاتق الادارة المتعاقدة . (١)

وهذه الفكرة المتعلقـة بمدى تأثير الاجراء على الغرض الاساســـى للعقد "L'objet essentiel du contrat" ومدى تعديله للظروف التى من أجلها قبل المتعاقد ابرام العقد (٢) ، وردت فى العديد مـــن أحكام مجلس الدولة الفرنسى . (٣) ودافع عنها الفقيه "Teissier" ،

---

(١) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 536.

(٢) "L'état de choses en considération du quel le cocontractant a accepté le contrat".

(٣) على سبيل المثال

- C.E. 9 avril 1897, Gaz de Montluçon, Rec. p. 305; C.E. 12 décembre 1924, Ville de Dieppe, R.D.P. 1925, p. 65,

=

والذى استخلص من أحكام مجلس الدولة الفرنسى أنه لكى تنشأ مسئولية تعاقدية بمناسبة الاجراءات التشريعية يجب أن يكون القانون قد " عدل شروط العقد ذاته والتى من أجلها أبرم العقد ". (١)

ومما له دلالته فى هذا الخصوص أن مجلس الدولة الفرنسى قد التزم ذات المسلك بل وذات الصيغة التى يجرى بها قضاؤه فى هذا الشأن ، وذلك فى حكمه الصادر فى ٧ مايو سنة ١٩٨٢ فى قضية **"Société Paris Parking"** (٢) ، وأيضا حكمه الصادر فى ١٨ مارس ١٩٨٣ ،

= Concl. Rivet, : "L'application du dit règlement constituait l'un des éléments essentiels du marché".

وانظر الأحكام العديدة التى أشار اليها الأستاذ **Y. Gaudemet** والتى رفض المجلس فيها طلبات التعويض نظرا لأن الاجراءات التى سببت الضرر لم تؤثر على موضوع العقد حيث أن التعديلات التى أحدثتها ليس من شأنها أن تمنح الحق فى التعويض :

(R.D.P., 1983, 236, nos. 21 à 30).

(١) - **G. Teissier,** "Responsabilité de la puissance publique", Paris, 1906, p. 25 et s.: "... il faut que la loi modifie les conditions du contrat lui-même, celles en considération des quelles le contrat a été passé".

(٢) أشار الى هذا الحكم الأستاذ " دى لوبادير " فى مؤلفه " نظرية العقد الادارى " الطبعة الثانية الجزء الثانى بالاشتراك مع الاستاذ " مودرن " والأستاذ "ديلفولفى " سبق ذكره — وهذا الحكم غير المنشور يتعلق بعقد امتياز موقف للسيارات ، رفض المجلس تعويض الملتزم استنادا الى أن القرار الصادر باقامة موقف للسيارات بالأجر على سطح الأرض وان كان ذو تأثير على استغلال الملتزم لموقف السيارات الارضى الا أنه لم يعدل عنصرا جوهريا فى العقد . وقد جاء بهذا الحكم : =

في قضية "Société du parking du square Boucicaut" (١)

وبالمقابل فانا كان الاجراء العام لم يصب موضوع العقد ذاته أو أحد عناصره الأساسية ، وانما يصيب الضرر المتعاقد في ذات الظروف الخاصة بسائر المواطنين ، فانه لا يعطي الحق في التعويض . حقيقة ان الضرر المدعى به ليس خاصا ، ولكن رفض طلبات التعويض لا يرجع الى عدم خصوصية الضرر وانما يعود الى عدم تأثير الاجراء على موضوع العقد أو أحد عناصره الأساسية .. وعلى ذلك فان مسألة خصوصية الضرر تلحق اذن بطبيعة الضرر وليست احدى خصائصه . (٢)

"…. elle (la mesure dommageable) n'a pas modifié un élément essentiel du contrat et n'est par suite pas de nature à ouvrir à la requérante un droit à indemnité". =

(١) - R.D.P. 1983, 1423, n°. 33.

وفي نفس المعنى :

- C.E. 7 mai 1982, Société le parking de la place de la Concorde, R.D.P. 1983, 237, n°. 31.

(٢) - **P. Delvolvé**, "Responsabilité contractuelle", Op. Cit., n^{os}. 280-281: "Dans la responsabilité contractuelle sans faute, la condition de spécialité n'est pas veritablement exigée" et "En réalité la question du caractère spécial du préjudice subi par le cocontractant parait rejoindre celle de la nature du préjudice".

وانظر عكس ذلك :

- **Ph. Terneyre**, Thèse précitée, p. 313 et s.

المبحث الرابع

المخاطر غير المتوقعة

ان مناط اعمال اى من النظريات الثلاث ، عمل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة والظروف الطارئة رهين بتوافر شروط تطبيق كل منها . ومن بين هذه الشروط أن يكون الاجراء أو الحادث غير متوقع ، أو لم يكن فى الوسع توقعه عند التعاقد . وفكرة عدم التوقع التى تعتبر شرطا أساسيا لتطبيق أى من تلك النظريات هى ذاتها المتطلبة بالنسبة لحالة القوة القاهرة ؛ والتى تختلف عن النظريات التى نحن بصددها من حيث أنها تؤدى الى اعفاء المتعاقد من تنفيذ التزاماته التعاقدية ، حيث الفرض أن هذا التنفيذ قد استحال استحالة مطلقة[١] .

ومفهوم عدم التوقع بالنسبة للفعل او الظرف أو الحادث الذى اعترض تنفيذ العقد هو مفهوم نسبى ، بمعنى أنه لا يوجد عدم توقع مطلق ، فقلما يوجد حدث يعتبر غير متوقع كلية ، ولهذا فان فكرة عدم التوقع لا تقدر بذاتها وانما بعلاقتها بالظروف الأخرى المعاصرة للعقد .[٢]

---

(١) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé., T.C.A., 2e éd., t. 1, p. 729; t. 2, p. 586.

(٢) - J.M. Pontier, "L'imprévisibilité", R.D.P., 1986, p. 5 et s.

ويراجع فى نفس المعنى: الأستاذ الدكتور عبدالحميد حشيش، نظرية الظروف الطارئة ، المرجع السابق ، ص ٢١٧ ومابعدها حيث يقول :

"On ne doit pas prendre la terme imprévisibilité" dans un sens absolu; il faut la comprendre comme ayant une portée relative".

المطلب الأول

شرط عـــدم التوقـــــــــع

"Condition d'imprévisibilité"

ان تدخل القضاء الادارى لتحقيق التوازن المالى للعقد الادارى فى نطاق نظرية عمل الأمير مناطه توافر شروط تطبيق هذه النظرية ، ومن بينها ــ كما هو ثابت فقها وقضاء وسواء فى فرنسا أو مصر ــ أن يكون الاجراء الصادر من الادارة المتعاقدة غير متوقع[١] • فاذا توقع العقد الاجراء الذى سبب الضرر، فان أحكام تلك النظرية تستبعد وتطبق النصوص التعاقدية[٢]. واذا كـــان

---

(١) يراجع على سبيل المثال من أحكام مجلس الدولة الفرنسى:

- C.E. 14 mai 1926, Pouillard, Rec. p. 498; 19 novembre 1926, Cie Générale Transatlantique, Rec. p. 891; 25 février 1949, Ville de Melun, Rec. p. 94; 7 mai 1982, Sté Sogeparc-Paris, Rec. Tab., p. 669, R.D.P. 1983, p. 236.

ومن أحكام محكمة القضاء الادارى المصرية :

حكمها الصادر فى ٣٠ يونيه سنة ١٩٥٧ فى القضية رقم ٩٨٣ لسنـــة ٩ ق ــ سبقت الاشارة اليه • حيث تقول : " ومن شروط تطبيـــق نظرية عمل الأمير أن يكون الاجراء أو التشريع الجديد غير متوقع الصدور وقت التعاقد ، فاذا ماتوقعته نصوص العقد ، فان المتعاقد مع الادارة يكون قد أبرم العقد وهو مقدر لهذه الظروف ، الأمر الذى يترتـــب عليه تعذر الاستناد الى نظرية فعل الأمير" .وفى نفس المعنـــى حكمها الصادر فى ١٦ يونيه ١٩٥٣ ــ سبقت الاشارة اليه •

ومن أحكام المحكمة الادارية العليا : حكمها الصادر فى ٢٠ مايـــو سنة ١٩٦١ ــ سبقت الاشارة اليه ، وحكمهـــا الصادر فى ١١ مايو سنة ١٩٦٨ ــ سبقت الاشارة اليه •

(٢) الأستاذ الدكتور سليمـــان الطماوى ، العقود ، المرجـــع السابـــق ، ص ٥٧٢ •

الاجراء يمكن عادة توقعه لحظة ابرام العقد ، فان هذا يفترض أنه كان موضع اعتبار من المتعاقدين، والذين لا يحق لهم الاستناد الى تلك النظرية للمطالبة بالتعويض .

كما أنه فى نطاق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، يجب أن تكون تلك الصعوبات غير متوقعة وأكثر تحديدا لم يكن فى الوسع توقعها . فــاذا تخلف هذا الشرط فان النظرية لا تطبق ولا يستحق المتعاقد مــع الادارة أى تعويض (١) .

ولقد أبرز القضاء الادارى الفرنسى والمصرى هذا الشرط بوضوح فـى العديد من الأحكام التى تعرضت لشروط تطبيق النظرية " فالمتعاقد يحق له أن يطالب بالتعويض عن الأضرار التى اصابته والناتجة عن صعوبـات ماكان من الممكن أن تدخل فى التوقعات المشتركة للأطراف عند ابرامهـم العقد" . (٢) وكثيرا ما يشيرمجلس الدولة الفرنسى الى هذا الشـرط صراحة فى أحكامه المتعلقة بتلك النظرية " فالأعمال التى قام بها المقـاول والتى تتجاوز ماتم النص عليه فى شروط تنفيذ العقد ، وماكان متوقعـا

---

(١) - **J. Dufau,** "Marché de travaux publics"., J.C.A., Fasc. 521, 1987, Op. Cit., n°. 102: "... pour ouvrir droit à indemnité ces sujétions doivent répondre à certaines conditions : il faut qu'elles aient été imprévisibles lors de la conclusion du marché ...".

(٢) - C.E. 3 février 1905, Ville de Paris, Rec. p. 105.

فى الممارسة والتى تجاوز التوقعـات المشتركة لأطراف العقد لحظة ابرامـــه، يكون من شأنها أن تتيح للمتعاقد المضار المطالبة بالتعويض استنادا لنظريـــة الصعوبات المادية غير المتوقعة ." (١)

أما اذا كانت الصعوبات التى صادفها المتعاقد متوقعة عند ابرام العقـد، فلا يجوز له الاستناد لتلك النظرية حتى ولو كانت تلك الصعوبات خطيـــرة لدرجة قلب اقتصاديات العقد . (٢)

ولقد تصدت محكمة القضاء الادارى لبسط مضمون شرط عدم التوقـــع وذلك فى حكمها الصادر فى ٢٠ يناير سنة ١٩٥٧ (٣) والذى جاء بــــه

---

(١) - C.E. 22 décembre 1976, Depussé, Rec. p. 575.

وانظر كذلك من أحكام مجلس الدولة الفرنسـى التى أكدت على شـــرط عدم التوقع :ـ

- C.E. 23 mai 1962, Sté havraise de construction, A.J.D.A., 1963, II, p. 34; 26 nov. 1975, Sté Balant, R.D.P. 1976, p. 624; 2 juill. 1982, Sté Routière Colas, Rec. p. 261; 12 mai 1982, Sté des Autoroutes Paris-Rhin-Rhône, Rec. p. 175; 29 mars 1985, Sté française de travaux publics, R.D.P. 1985, p. 1705.

(٢) - C.E. 22 juillet 1977, Sté des entreprises Truchet et Tansini, Rec. p. 890.

(٣) القضية رقـــم ٧٨٩٢ لسنـــة ٨ ق ــ سبقـــت الاشـــارة اليـــه .

" ان الشرط الخاص بوجوب أن تكون الصعوبة طارئة أي غير متوقعة أو مما لا يمكن توقعه او ليس في الوسع توقعها .. هذا الشرط ينطوى الى حد كبير على معنى المفاجأة فى صورة معينة ، كأن يجد المتعاقد مع الادارة نفسه ازاء حالة لم يكن يتوقع حدوثها ، لا بناء على دفتر الشروط ولا من دراسته الأولية للمشروع أو بالرغم مما نبه اليه أو ما اتخذه من حيطة لا تفوت على الشخص البصير بالأمور قبل الاقدام على المساهمة فى تسيير المرفق العام والتعاقد بشأنه "، وانتهت المحكمة فى هذا الحكم الى رفض التعويض لعدم تحقق شرط عدم التوقع ، حيث رأت المحكمة أن " المدعى ليس غريبا عن هذه العملية ، بل هو على علم بها ، بل بالمنطقة محل التعاقد بالذات ، كما أن فى شروط العقد مايكفى لتنبيهه الى أخذ الحيطةاللازمة لمواجهة الحالة التى يتضرر منها ، بل ان فيها ما يشير صراحة الى أنه قد يواجه طبقة صخرية .. " وقد رفضت المحكمة الادارية العليا أيضا تعويض المتعاقد لتخلف شرط عدم التوقع باعتباره أحد الشروط الأساسية لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، والتى تحمل النظرية اسمه، وذلك فى حكمها الصادر فى ١٤ يونيو سنة ١٩٧٩.(١)

وفي نطاق نظرية الظروف الطارئة ، فان شرط عدم التوقع هو أيضا أحد الشروط الجوهرية لتطبيق تلك النظرية .فالحادث الذى يؤدى الى قلب اقتصاديات العقد ، يجب أن يكون غير متوقع لحظة ابرام العقد حتى يمكن للمتعاقد الاستناد الى تلك النظرية (٢) والحادث غير المتوقع بحسب تعبير

---

(١) سبقت الاشارة اليه .

(٢) "La Circulaire du 20 novembre 1974 relative à l'indemnisation des titulaires du marchés publics en cas d'accroissement imprévisible de leurs charges économiques, J.O. 30 novembre 1974, p. 11971.

مفوض الحكومة "Corneille" في تعليقه على حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية "Fromassol" هو ذلك " الحدث الذى يتضاد مع كل الحسابات التى أجراها أطراف العقد أثناء ابرامه ، والذى يتجاوز الحدود القصوى التي كان يتوقعها الأطراف " (١)

ويتشدد مجلس الدولة الفرنسي في ضرورة توافر شرط " عدم التوقع" للظرف الطارىء ، على اعتبار أن كل عقد يحمل في طياته بعض المخاطر التي يجب أن يضعها المتعاقد في حسابه وتدخل في توقعات أطراف العقد . أما تلك المخاطر التي تصيب العقد بالاضطراب والاختلال فانها يجب أن تكشف عن مخاطر غير عادية لم يكن في استطاعة المتعاقد أن يتوقعها أو حتى يقدر نتائجها (٢) . ومنذ حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية " غاز بوردو" الذى وضع أساس تلك النظرية (٣) ،تواترت العديد من الأحكام التى أكدت وأبرزت شرط عدم التوقع . (٤)

---

(١) - Conclusions du Commissaire de Gouvernement Corneille sous C.E. 3 décembre 1920, Fromassol, R.D.P., 1921, p. 80.

(٢) - **A. Hachich**, Thèse précitée, p. 211.

(٣) - C.E. 30 mars 1916, Cie générale d'éclairage de Bordeaux, précité.

(٤) على سبيل المثال :

- C.E. 22 fév. 1963, Ville d'Avignon, A.J.D.A., 1963, p. 230; 20 janvier 1978, Société "Routes et Travaux Publics", R.D.P., 1978, p. 1485; 29 avril 1981, Bernard c. Ville de Nouméa, C.J.E.G., janv. 1982, p. 9, Concl. Franc.

ولقد أبرزت المادة السادسة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ والمادة ١٤٧ من القانون المدني المصري الجديد شرط عدم التوقع كأحد شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة المقررة في مصر بنص تشريعي بالنسبة للعقود الادارية والمدنية على السواء[1].

وفضلا عن ذلك فقد تصدى القضاء المصري ـ الاداري والعادي على السواء ـ لابراز هذا الشرط وتحديد معيار توافره وسلطة قاضي الموضوع في تقدير صفة الظرف ومدى امكانية توقعه . من ذلك ماقضت به محكمة النقض المصرية من أن " مفاد نص المادة ١٤٧ / ٢ من القانون المدني ـ وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة ـ أنه يشترط في الحادث الطارىء أن يكون حادثا استثنائيا عاما غير ممكن توقعه ويخرج عن المألوف ونادر الوقوع ، ويكون الحادث الطارىء عاما اذا انصرف أثره الى عدد كبير من الناس، والمعيار في توافره ما اشترطه النص في وصف الحوادث المشار اليها من أنها تلك التي لم يكن في الوسع توقعها ، هو ألا يكون في مقدور الشخص

---

(١) تنص المادة السادسة من ق ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ في شأن نظام المرافق العامة التي تدار عن طريق الامتياز على انه " اذا طرأت ظروف لم يكن من المستطاع توقعها ولا يد لمانح الالتزام أو الملتزم فيها، وأفضت الى الاخلال بالتوازن المالي للالتزام .... الى اخر النص " .

وتنص الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدني الجديد على أنه " ... اذا طرأت حوادث استثنائية عامة ، لم يكن في الوسع توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وان لم يصبح مستحيلا ، جاء مرهقا للمدين بحيث تهدده بخسائر فادحة .... " .

العادى أن يتوقع حصولها لو وجد في ظروف ذلك المدين وقت التعاقد بصرف النظر عما اذا كان هذا المدين قد توقع حصولها فعلا أم لم يتوقعه، وتقدير هذا الأمر هو مما يدخل في نطاق سلطة قاضي الموضوع متى اقام قضاءه على أسباب سائغة "(١) .

ومن جهة أخرى فان جميع الأحكام الصادرة عن محكمة القضاء الادارى والمحكمة الادارية العليا في خصوص نظرية الظروف الطارئة قد اشارت الى شرط عدم التوقع فى معرض بسطها لشروط تطبيق تلك النظرية .(٢)

---

(١) حكم محكمة النقض بتاريخ ١٩٧٥/٣/٤ ـ م نقض م ـ سنة ٢٦ ـ ص ٥١٥ .

وفى نفس المعنى : حكمها الصادر بتاريخ ١٩٧٠/٥/٥ ـ م نقض م ـ ٢١ ـ ص ٧٨٧ .

وأيضا حكمها بتاريخ ١٩٧٨/١/١١ فى الطعن رقم ٤٤٨ لسنة ٤٣ ق .وقد جاء به أن :" المعيار فى توافر هذا الشرط (شرط عدم التوقع) معيار مجرد مناطه ألا يكون فى مقدور الشخص أن يتوقع حصولها لو وجد فى ذات الظروف عند التعاقد ، دون اعتداد بما وقر فى ذهن هذا المدين بالذات من توقع الحصول او عدم توقعه".

وحكمها الصادر بجلسة ١٩٦٩/١١/١١ ـ م نقض م ـ سنة ٢٠ ـ ص ١١٩٣ .

(٢) على سبيل المثال : حكم محكمة القضاء الادارى الصادر فى ٣٠ يونيه ١٩٥٧ فى القضية رقم ٩٨٣ لسنة ٩ ق، سبقت الاشارة اليه .وحكمها الصادر فى ١٤ ابريل سنة ١٩٦٠ ، سبقت الاشارة اليه .

ومن أحكام المحكمة الادارية العليا : حكمها الصادر فى ١١ مايو ١٩٦٨ ـ سبقت الاشارة اليه . وحكمها الصادر فى ١٧ يونيو ١٩٧٢ ـ سبقت الاشارة اليه . وأيضا حكمها الصادر بجلسة ٣٠ نوفمبر ١٩٨٥ فى الطعن رقم ٢٥٤١ لسنة ٢٩ ق ـ غير منشور ـ سبقت الاشارة اليه . وقد جاء بذات الصيغة التى تلتزمها المحكمة فى هذا الشأن : " يشترط لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة عدة شروط :

وعلى ذلك فان عدم التوقع يعد أحد الشروط الجوهرية فى نطاق كل من النظريات الثلاث عمل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة والظروف الطارئـة، كما أن فكرة عدم التوقع هذه هي ذاتها المتطلبة بالنسبة لحالة القوة القاهـــرة* وهذا يعني أن مفهوم هذه الفكرة ــ من حيث تحديد التاريخ الذى يعتد بـــه القضاء لتقدير توافر هذا الشرط ، ومحل عدم التوقع وتحديد نطاقـــهـ ــ لا يختلف في اى من هذه النظريات فى نطاق العلاقات التعاقدية .

* أولها : أن تظهر خلال تنفيذ العقد الادارى حوادث أو ظـــروف استثنائية طبيعية كانت أو اقتصادية أو ادارية ــ ثانيا : ألا يكـــون في وسع المتعاقد توقـــع هذه الظروف عند ابرام العقد ولا يملـــك عند التنفيذ دفعها .....".

المطلـــــب الثانـــى

معيـــار عـــدم التوقــــع

اذا كان عدم توقع الفعل أو الحادث أو الصعوبة شرطا أساسيا لاجابـــة المتعاقد الى طلب التعويض استنادا الى اى من النظريات الثلاث ، فـــان المعيار فى توافر هذا الشرط ألا يكون فى مقدور الشخص العادى أن يتوقـــع حصولها لو وجد فى ظروف المتعاقد وقت التعاقد،وذلك بصرف النظر عما اذا كان المتعاقد قد توقع حصولها فعلا أم لم يتوقعها . فالمعيار موضوعى "Objectif" وليس ذاتيا "Subjectif" (١) ، فالقاضى عند تقديره توافر هذا الشـــرط لا يعتد بما وقر فى ذهن المتعاقد من توقع الحصول او عدم توقعه ، وانمـــا عليه البحث فيما اذا كان الحادث أو الفعل مما يمكن توقعه أم عدم توقعـــه عادة فى ذات الظروف عند ابرام العقد (٢). ولهذا فان ماذهب اليه الدكتـــور " توفيق شحاته " من أن معيار عدم التوقع معيارا ذاتيا (٣) ، هو قـــول

---

(١) يراجع حكم محكمة النقض المصرية بتاريخ ١٩٧٨/١/١١ فـى الطعـن رقم ٤٤٨ لسنة ٤٣ ق — سبقت الاشارة اليه — وتراجع رسالـــة الاستاذ الدكتور عبدالحميد حشيش ، المرجع السابق ، ص ٢١٥ ، ومابعدها .

(٢) يراجع حكم محكمة القضاء الادارى بجلسة ٤ ديسمبر سنـــة ١٩٧٧ فى الدعوى رقم ٥٠٣ لسنة ٢٣ ق ، والذى انتهت فيه المحكمـــة الى عدم توافر شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة مستندة فـــى قضائها الى ان فرض الحراســـة على مطبعةالمدعى لا يعتبر من قبيـل الظروف التى لم تكن فى الحسبان عند التعاقد .

(٣) يراجع فى هذا الصدد :

- T. Chehata, Thèse précitée, p. 183.

لا يتفق مع الثابت فقها وقضاء سواء فى فرنسا أو مصر [١] . كما أنه من الصعوبة بمكان الوقوف علي توقعات أطراف العقد لحظة ابرامه ، فضلا عن أن هـــذه التوقعات من الممكن أن تختلف من طرف لاخر من اطراف العقد. [٢]

وفي حكمها الصادر فى ٢٠ يناير سنة ١٩٥٧ [٣] ، حددت محكمة القضـــاء الادارى المصرية مضمون شرط عدم التوقع ومعيار تطبيقه، فقضت بأن " الشـرط

---

(١) فى الفقه المصرى : الأستاذ الدكتور عبدالرزاق السنهورى ، الوسيـــط ، المرجع السابق ص ٦٤٥ ومابعدها ، و ص ٨٧٨ ؛ الاستاذ الدكتـــور عبدالحميد حشيش ، المرجع السابق ، ص ٢١٦ .

(٢) انظر في النقد الذى وجه لرأى الدكتور توفيق شحاته : رسالة الاستاذ الدكتور عبدالحميد حشيش ، المرجع السابق ، ص ٢١٥ ، ص ٢١٦ .

(٣) القضية رقم ٧٨٩٢ لسنة ٨ ق ــ سبقت الإشارة اليه .
ويراجع حكم محكمة القضاء الادارى الصادر في ٣٠ يونيـــــه ١٩٥٧ ــ سبقت الاشارة اليه . حيث أوضح هذا الحكم المطول اتجاه مجلـس الدولة المصرى فى الأخذ بالمعيار الموضوعى لتقدير فكرة أو شرط عـدم التوقع ، حيث تقول المحكمة " ... أن يكون الظرف أو الحـــادث مما لا يمكن توقعه عادة .. ويقتضى هذا الشرط البحث فى عناصـــر ثلاثة : اولها ، طبيعة الحادث أو الظرف نفسه .. ثم أهميـــــة الحادث أو الظرف الاستثنائى .. والثالث عنصر الزمن ، أى تحديـــد الوقت الذى أبرم فيه العقد .. " .
ويجرى مجلس الدولة الفرنسى على أن الحادث غير المتوقع هو الـــذى لا يمكن عادة توقع حصوله لحظة ابرام العقد. والصيغة التقليدية التـى يستخدمها المجلس فى العديد من احكامه تجرى على النحو التالى :
L'événement imprévisible est celui qui "ne pouvait raisonnablement être envisagé par le contractant au moment où il a traité": C.E. 17 déc. 1926. Sté des Chanliers de l'Adour, Rec. p. 1124; 20 janv. 1978, Sté "Routes et travaux publics", R.D.P., 1978, p. 1483.

الخاص بوجوب أن تكون الصعوبة طارئة أي غير متوقعة أو مما لا يمكن توقعه أو ليس في الوسع توقعها..هذا الشرط ينطوي الى حد كبير على معنى المفاجأة في صورة معينة، كأن يجد المتعاقد مع الادارة نفسه ازاء حالة لم يكن يتوقع حدوثها لابناء على دفتر الشروط ولا من دراسته الأولية للمشروع أو بالرغم مما نبه اليه أو ما اتخذه من حيطة لا تفوت على الشخص البصير بالأمور قبل الاقدام على المساهمة في تسيير المرفق العام والتعاقد بشأنه ..... " ثم ذكرت المحكمة في حكمها المطول " ... كما أن في شروط العقد مايكفي لتنبيهه الى أخذ الحيطة اللازمة لمواجهة الحالة التي يتضرر منها ..." ثم انتهت المحكمة الى رفض الحكم بالتعويض طبقا لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة لتخلف شرط عدم التوقع . واذ كان معيار عدم التوقع معيار موضوعي مجرد ولا يختلف من نظرية الى أخرى ، أي أنه هو ذاته المتطلب في جميع الظروف الجديدة التي تعترض تنفيذ العقد الاداري (القوة القاهرة ــ نظرية عمل الأمير ــ الظروف الطارئة ــ الصعوبات المادية غير المتوقعة)، الا أنه يجب أن نضع في الاعتبار بعض التوجيهات التي يشير اليها الفقه في هذا الخصوص :

١ ــ ان فكرة عدم التوقع لا تعني عدم التوقع المطلق ، فلا يوجد فعل أو حادث غير متوقع بصفة مطلقة ، ولكن فقط حادث لا يمكن عادة توقعه عند ابرام عقد معين .

وترتيبا على ذلك فان فكرة عدم التوقع لا تحدد أو تعين بذاتها وانما بعلاقتها بظروف الحال .(١)

---

(١) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e ed., t. 1, Op. Cit., p. 728: "Il n'y a guère d'événement qui soit totalement imprévisible; la notion d'imprévisibilité ne s'apprécie pas en elle-même, mais par rapport aux circonstance de l'époque du contrat".

أما مايذهب اليه البعض من أن المعيار الموضوعي في شأن تقديـــر خصيصة عدم التوقع يتطلب أن يكون عدم امكان التوقع مطلقا (١) ، فهو قـــول مبالغ فيه ولا يتفق مع مايذهب اليه الفقه الحديث من أن عدم التوقع أو عـــدم امكان التوقع ليس الا أمرا نسبيا • ونحيل في هذا الشأن الى تعريف الأستاذ "R. Chapus" لفكرة عدم التوقع حيث يقول :

" ... non pas une imprévisibilité absolue ... mais simplement relative: il suffit que, dans l'espèce, il n'y ait eu aucune raison spéciale de penser que l'événément se produirait ... que rien n'ait dû normalement, eu égard aux circonstances, à l'époque et au lieu, mettre en garde contre lui" (٢)

= ويراجع في نفس المعنى :

- **J.M. Pontier**, "L'imprévisibilité", article précité, R.D.P., 1986, p. 8 et s.

وانظر في مفهوم ومعيـــار عدم التوقع بالنسبـــة لفكرة القوة القاهرة :

- **A. Heintz**, "La notion de force majeure en droit administratif", mem. D.E.A. droit public, Aix-en-Provence, 1985, p. 17 et s.

(١) الأستاذ الدكتور عبدالرزاق السنهـــوري ، المرجع السابـــق ، ص ٨٧٨ •

(٢) - **R. Chapus**, Thèse précitée, p. 446.

ونحن من جانبنا نرى أن مفهوم عدم التوقع يجب أن ينظر اليه من خلال علاقة الفعل أو الحادث الذي يطرأ أثناء تنفيذ العقد وظروف الحال ٠ فالمعيار موضوعي ولا يختلف من نظرية الى أخرى (١) مع الوضع في الاعتبار أن تقدير توافر هذا الشرط من الأمور التي تدخل في نطاق سلطة قاضي العقد، والذي يبحث عما اذا كان في مقدور الشخص العادي أن يتوقع حصول الفعل أو الحادث لو وجد في ذات الظروف عند التعاقد ٠

---

(١) ومما له دلالته في هذا الشأن أن العديد من الفقهاء الفرنسيين عند تعرضهم لشرط عدم التوقع بالنسبة لأي من النظريات الثلاث، تجدهم يحيلون الى ذلك الشرط فيما يتعلق بحالة القوة القاهرة ٠ يراجع على سبيل المثال :

- **P. Delvolvé**, "Responsabilité contractuelle", Op. Cit., n°. 266: "Il n'y a pas lieu d'apprécier l'imprévisibilité dans des conditions autres que pour la force majeure".

ثم يحيل الأستاذ " ديلفولفي " للفقرة رقم ١٨٩ من ذات المؤلف والتي تتحدث عن شرط عدم التوقع بالنسبة لحالة القوة القاهرة ٠ وهنا ايضا يؤكد الأستاذ " ديلفولفي " على فكرة عدم التوقع النسبي وارتباط هذه الفكرة بالظروف التي أبرم فيها العقد، حيث يقرر في الفقرة ٢٦٦ المشار اليها :-

"..., rien n'est totalement imprévisible. On ne peut écarter par exemple l'adoption éventuelle d'une loi ou d'une mesure de police ... "

٢ ــ محل عدم التوقع : الحادث أو الفعل الضار، أم أيضا نتائجه ؟

ثار تساؤل في الفقه حول محل عدم التوقع، وما اذا كان شرط عدم التوقع أو عدم امكانية التوقع ينصب على الفعل أو الظرف الذي يطرأ أثناء تنفيذ العقـد، أم أن آثار أو نتائج هذا الفعل أو الحادث هي التي لم يكن في الامكـــان توقعها ؟ (١)

الاجابة المنطقية والتي تتفق مع الحكمة من خلق مجلس الدولة الفرنسـي للنظريات الثلاث والطابع العملي لقضاء المجلس، هـي امكانية الاستنـاد الى أي من النظريات الثلاث سواء انصب عدم التوقع على الفعل أو الحادث فـي حد ذاته أو على نتائجه أو حتى مدى وحدة هذه النتائج غير المتوقعة في حالـة ما اذا كان الفعل أو الحادث في حد ذاته متوقعا. ففي نطاق نظرية الظـروف الطارئة على سبيل المثال نجد تحولا واضحا في قضاء مجلس الدولة الفرنسـي. حيث ذهب المجلس أولا الى ضرورة اشتراط عدم توقع الظرف الطارئ ذاته ورفض فكرة عدم توقع آثار ونتائج الحادث الطارئ.. أي أن المجلس في قضائـه الأول رفض مايمكن أن يطلق عليه نظرية الظروف الطارئة النسبية (٢) :

"La théorie de l'imprévision relative"

وقضى المجلس بمناسبة النتائج المترتبة على الحرب العالمية الأولـى، بأن نظرية الظروف الطارئة لا يمكن الاستناد اليها الا بالنسبـة للعقـود التي ابرمت قبل بداية الأعمال الحربية ، وطبق المجلس ذات المفهـوم

---

(١) الأستاذ الدكتور العميد الطماوي ، العقود ، المرجـع السابـق ، ص ٦١٦ ، ص ٦١٧ .

(٢) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 587.

وانظر في نفس المعنى :

- G. Jèze, Contrats, 3e éd., 2e partie, Op. Cit., p. 505;
A. Hachich, Thèse précitée, p. 225 et s.

بالنسبة لملاحق العقود التى أبرمت منذ بداية الحرب .(١)

الا أن مجلس الدولة الفرنسي قد عدل عن تشدده السابق بوضوح وسمح بتطبيق نظرية الظروف الطارئة استنادا الى النتائج غير المتوقعة للحادث ـ أو حتى مدى هذه النتائج غير المتوقعة ـ الذى كان متوقعا أو من الممكن توقعه أثناء ابرام العقد دون امكانية توقع آثاره ، أو مدى وحدة هذه الآثار غير المتوقعة(٢) . ويمكن التأريخ لهذا التحول بحكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر فى ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٢ فى قضية "Sté eau et assainissement"(٣)

---

(١) - C.E. 9 novembre 1921, Sté commerciale des carbures, R.D.P. 1921, p. 494, Concl. Corneille.

(٢) - **J. Dufau,** Les concessions de service public, éd. du Moniteur, Op. Cit., p. 108: "Il n'est cependant pas nécessaire que le bouleversement du contrat ait été lui-même imprévisible. Il suffit parfois que ses conséquences aient revêtu un tel caractère".

(٣) المجموعة ص ٩١٦ وقد جاء بهذا الحكم :

"Si à la date des accords ... l'éventualité d'une prochaine occupation de la Ruhr pouvait être raisonnablement envisagée, les conséquences que cette opération a entraînées, notamment en ce qui concerne la hausse des prix des fontes ne pouvaient normalement entrer dans les prévisions des parties".

ولقد تأكد ذلك القضاء في العديد من الأحكام ، منها حكم المجلس الصادر في ١٠ مارس سنة ١٩٤٨ في قضية "Hospices de Vienne" (١) وأيضا حكم المجلس في ٢٢ فبراير سنة ١٩٦٣ في قضية "Ville d'Avignon" (٢) في الحكم الأول قضى مجلس الدولة الفرنسي صراحة أنه اذا كان احتمال احتلال اقليم "Ruhr" قائما وقت ابرام العقد الا أن النتائج المترتبة على ذلك وخاصة فيما يتعلق بارتفاع أسعار الحديد كان من غير المستطاع أن تدخل في توقعات أطراف العقد . وفي الحكم الثاني قضى المجلس بأن مدى وحدة ارتفاع الأسعار الذى ترتب على صدور القوانين الاجتماعية سنة ١٩٣٦ تبرر طلب التعويض بناء على نظرية الظروف الطارئة، وعلى حد تعبير الحكم : " ان مدى وحدة ارتفاع الأسعار قد تجاوز الحد الذى كان في الامكان توقعه ، وفاق توقعات أطراف العقد أول أغسطس سنة ١٩٣٦ ".

وفي حكم "Ville d'Avignon" طبق المجلس نظرية الظروف الطارئة حيث لم يكن في وسع الملتزم في عقد التزام توزيع الغاز أية امكانية ـ ولا حتى على وجه الاحتمال ـ توقع النتائج المترتبة

---

(١) - Actualité Juridique, Édition Travaux, 1948, p. 331 et s.

(٢) - A.J.D.A. 1963, p. 230; R.D.P. 1963, 575, note M. Waline.

على إجراء تسعير الغاز . (١) وبهذا المعنى تقول المحكمة الادارية العليا في حكمها الصادر في ٩ يونيه سنة ١٩٦٢ " ان الارتفاع الباهظ في أسعار الزئبق ـ ان صح أنه كان متوقعا بالنسبة للعقد الثاني ـ فان مدى هذا الارتفاع لم يكن في الوسع توقعه بالنسبة لذلك العقد ، فقد كان السعر وقت التعاقد بالنسبة للعقد الثاني٢ جنيه و ٨٨٠ مليما ثم أصبح

---

(١) في هذه المنازعة طلبت شركة توزيع الغاز تعويضا للاختلال الذى أصاب عقد توريد الغاز الذى يربطها ومدينه قدمت المدينة في دفاعها ثلاثة أسانيد قانونية : أولها أن الشركة المدعية لم تتوقف عن صرف أرباح الأسهم للمساهمين فيها أثناء الفترات التى تطلب التعويض عنها . ثانيا : أن اجراءات تثبيت الأسعار التى فرضتها الدولة لم يكن لها تأثير على أى من السنوات التى قدم طلب التعويض عنها . ثالثا : أن الشركة قد أبرمت اتفاقا جديدا في وقت معاصر لاجراءات تثبيت الأسعار والتى كانت بعيدة عن أن تكون غير متوقعة بل على العكس كان معمولا بها دون تحديد لمدة سريانها منذ السنة السابقة على الاتفاق . في تفنيده لهذه الدفوع اجاب مجلس الدولة الفرنسى بالنسبة للدفع الأول : أن توزيع الأرباح لا يستبعد بالضرورة أن الشركة قد تحملت أثناء فترة محددة بنفقات غير تعاقدية من شأنها أن تبرر منح تعويض للظروف الطارئة . ثانيا : أن الغاء نظام التسعيرة في غضون سنة ليس كافيا لاثبات موقف مطابق لتوقعات الأطراف . ثالثا : أنه يمكن الاستناد لنظرية الظروف الطارئة للنتائج المالية غير المتوقعة للحادث الذى تحقق من قبل وكان متوقعا في حد ذاته .

لمزيد من التفاصيل :

- J. Georgel, J.C.A., Fasc. 512, Op. Cit., n°. 84.

وقت الشراء على حساب الشركة المدعية ٤ جنيهات و ٥٠ مليما، ومن ثم فان نظرية الحوادث الطارئة تنطبق في هذه الحالة"(١) . واذا انتقلنا الى نظريه عمل الأمير ، فان محل عدم التوقع ـ فيما يتعلق بالاجراءات التي تصدر من الادارة المتعاقدة وتؤدي الى تعديل شروط العقد ـ ينصب على حدود هذا التعديل ومداه . فاذا كان من الأمور الثابته فقها وقضاء أن للادارة الحق في تعديل شروط العقد بارادتها المنفردة (٢) ، حتي ولو لم ينص في العقد على

---

(١) القضية رقم ٢١٥٠ للسنة السابعة القضائية ـ سبقت الاشارة اليها .
ويراجع رسالة الأستاذ الدكتور عبدالحميد حشيش السابق الاشارة اليها ، ص ٢٢٨ و ص ٢٢٩ . وقد نادى بأن يحذوا مجلس الدولة المصرى حذو قرينه الفرنسى بالاكتفاء فى كثير من الحالات بأن تكون نتائج وآثار الظرف الطارىء هى التى لم يكن فى الامكان توقعها .

ولقد أورد الدكتور حشيش حكمين أحدهما لمجلس الدولة المصرى صادر فى ٥ مايو سنة ١٩٥٣ (المجموعة ـ السنة السابعة ـ ص ١٠٤٧) والثانى صادر من محكمة النقض المصرية فى ٨ نوفمبر ١٩٥١ (رقم ٢٤ لسنة ٢١ ق) : استنتج منهما رفض القضاء المصرى لفكرة الظروف الطارئة النسبية . واذا كان هذا هو مسلك القضاء المصرى فى احكامه الأولى المتعلقة بالنظرية الا أن الأحكام اللاحقة ـ وان كانت قليلة ـ الا أنها قاطعة الدلالة على أن محل عدم التوقع اما أن يكون الحادث الطارىء فى حد ذاته ، أو أن عدم التوقع قد ينصب على آثار الحادث وان كان ذلك الحادث متوقعا .

(يراجع حكم المحكمة الادارية العليا المشار اليه فى المتن ، وأيضا فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع رقم ١٢٦ الصادرة بتاريخ ٧ فبراير سنة ١٩٦٥ ـ مجموعة العقود ، المبدأ ٧٦، ص ١٦٢. وقد جاء بها : " ... وحتى بفرض أنه كان فى مقدور الشركة توقع زيادة الأسعار ، فانه لم يكن فى مقدورها توقع مقدار الزيادة فى السعر ، وبالتالى لم يكن فى مقدور الشركة وقت تقديم عطائها أن تحتاط لزيادة السعر ") .

(٢) مما هو جدير بالذكر أن مجلس الدولة الفرنسى بحكمه الشهير الصادر =

هذا الحق ودون حاجة لرضاء المتعاقد معها، على اعتبار أن هذا الحق مستمد من الطبيعة الذاتية للعقود الادارية واتصالها الوثيق بالصالح العام، فان المتعاقد مع الادارة يفترض علمه بحقها فى تعديل شروط العقد. ولهذا فان شرط عدم التوقع لا ينصرف الى أصل الحق فى التعديل ولكنه ينصرف الى حدود التعديل ومداه[١]، وهو النطاق الذي ينصب عليه محل عدم التوقع. ويترتب

= فى ٢ فبراير سنة ١٩٨٣ فى قضية "Union des transports publics" (المجموعة ص ٣٣ – ومنشور فى مجلة القانون العام الفرنسية سنة ١٩٨٤، ص ٢٢٣ مع تعليق (J.M. Auby) قد أضعف الحجج التى استند اليها بعض الفقهاء لانكار تمتع الادارة بسلطة تعديل العقد بالارادة المنفردة. تلك الحجج التى كانت ترتكز على عدم وجود أحكام صريحة تعطى الادارة هذه السلطة. مما دعاهم الى القول بأن الادارة لا تتمتع بسلطة التعديل الا بمقتضى نص فى التشريع أو العقد ذاته.

يراجع على سبيل المثال فى عرض هذا الاتجاه الفقهى :

- L'Huillier, Article précité, D. 1953, Chron. p. 87.
- F.P. Benoit, Article précité, J.C.P., 1963, n°. 1775.

ولقد اعتبر حكم مجلس الدولة الفرنسى المشار اليه حق الادارة فى تعديل شروط العقد بارادتها المنفردة، بأنه "تطبيق للقواعد العامة المطبقة على العقود الادارية".

"... application des règles générales applicables aux contrats administratifs...".

وسوف نلقى مزيدا من الضوء على هذا الحكم عند الحديث عن شروط التطبيق.

(١) الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى، العقود، المرجع السابق، ص ٥٧٢.

على ذلك أنه اذا تصدى العقد لبيان حدود ومدى هذا التعديل ، فانه من غير المتصور أن يستند المتعاقد لنظرية عمل الأمير للمطالبة بالتعويض ، على اعتبار أن حدود ومدى هذا التعديل كان أمرا متوقعا بنص العقد ، وبذلك يتخلف أحد الشروط الأساسية لتطبيق النظرية .(١)

واذا كان شرط عدم التوقع في نطاق الاجراءات الخاصة الصادرة عن الادارة المتعاقدة والتي تؤدي الى تعديل شروط العقد ، لا ينصرف الى أصل الحق في التعديل ولكنه ينصب على حدود هذا التعديل ومداه، الا أن الأستاذ "Delvolvé" يبدو أنه لا يميل الى هذا التفسير، وانفرد في الفقه برأي خاص حاصله أن خصيصة عدم التوقع ليست شرطا لترتيب مسئولية الادارة العقدية في هذه الحالة(٢) . ولقد اعترف الأستاذ "Delvolvé" بأنه وان كان شرط عدم التوقع أحد الشروط التي يتطلبها القضاء في الاجراء الذي سبب الضرر ، الا أنه يرى أن هذا الشرط ليس عاما ولا يستلزم توافره في جميع الحالات ، وانه يجب التفرقة بين الاجراءات المرتبطة بالعقد ارتباطا مباشرا وتلك المرتبطة بالعقد ارتباطا غير مباشر :(٣)

---

(١) رسالة الأستاذ الدكتور ثروت بدوي ،المرجع السابق ، ص ١١٥ .

(٢) - P. Delvolvé, "Responsabilité contractuelle", Op. Cit., nos. 260 et 261.

(٣) الأستاذ " ديلفولفي" ،المرجع السابق ،الفقرة ٢٥٩ ، حيث يقول :

"Le caractère imprévisible du fait dommageable est présenté dans certains cas comme une condition nécessaire de la mise en œuvre de la théorie du fait du prince. En réalité, si l'exigence de cette condition peut s'appuyer sur de la jurisprudence, elle

أ ــ الاجراءات المرتبطة مباشرة بالعقد : (١)

وبالنسبة لهذه الطائفة من الاجراءات وأهمها سلطة الادارة في تعديل التزامات المتعاقد معها بارادتها المنفردة ، يرى الأستاذ "Delvolvé" أن خصيصة عدم التوقع لمثل هذه الاجراءات لا تعد شرطا لترتيب مسئولية الادارة العقدية ، بل على العكس فان الغالبية العظمى من هذه الاجراءات تعتبر متوقعة وأن ذلك لا يمنع من تعويض المتعاقد عن الأضرار التي تصيبه من جراء هذه الاجراءات ٠

ب ــ الاجراءات غير المرتبطة مباشرة بالعقد : (٢)

بالنسبة لهذه الطائفة من الاجراءات ــ وأهمها صدور قوانين أو لوائح من جهة الادارة المتعاقدة يكون من شأنها تحميل المتعاقد بأعباء جديدة وأيضا اجراءات البوليس الصادرة من محافظ الاقليم واجراءات التسعير أو تثبيت الأسعار الصادرة من الوزير المختص ــ فان الاستاذ "Delvolvé"

= n'est pas générale et ne s'applique pas à toutes les hypothèses des mesures prises par la personne publique cocontractante. Une distinction paraît devoir être opérée entre les mesures qui se rapportent directement au contrat lui-même et celles qui ne concernent qu'indirectement le contrat".

(١) - "Cas des mesures concernant directement le contrat".

(٢) - Cas des mesures ne concernant pas directement le contrat".

يرى أنها الاجراءات الوحيدة التى يلزم أن تكون غير متوقعة لكي يمكن ترتيب مسئولية الادارة التعاقدية؛ أي أن عدم توقع الاجراء في هذه الحالة شرطا أساسيا لتطبيق نظرية عمل الأمير ، أما الاجراءات الأخرى المرتبطة بالعقد، فان شرط عدم التوقع لا يثار بصددها (١) .

ونحن من جانبنا نرى أن ماذهب اليه الأستاذ "Delvolvé" لا يتفق مع قضاء مجلس الدولة الفرنسي والمصرى (٢) ، وما استقر عليه الفقه الفرنسي والمصرى (٣) ، في شأن ضرورة أن يكون الاجراء الصادر من الادارة المتعاقدة ـ سواء أكان متعلقا بالعقد بصورة مباشرة أو غير مباشرة ـ غير متوقع أثناء ابرام العقد . كل مافي الأمر أن محل عدم التوقع في حالة الاجراءات الخاصة بتعديل شروط العقد ، لا ينصرف الى أصل الحق في التعديل وانما ينصرف الى حدود التعديل ومداه ؛ على فرض أن حق الادارة في التعديل مفترض علم المتعاقد به سواء تم النص على هذه السلطة في العقد أم لا . ومن ناحية أخرى فان ماذهب اليه الأستاذ " ديلفولفى" من أن خصيصة عدم التوقع لا تعد شرطا لازما لترتيب مسئولية الادارة العقدية دون خطأ في نطاق الاجراءات المرتبطة بالعقد ارتباطا مباشرا ، يتعارض

---

(١) الأستاذ " ديلفولفى "، المرجع السابق ، فقرة ٢٦٢ و ٢٦٦ .

(٢) تراجع الأحكام المذكورة في صدر المطلب الأول من هذا المبحث .

(٣) يراجع على سبيل المثال :

- A. De Laubadère, T.C.A., 1e éd., t. 3, Op. Cit., p. 916.

الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى ، العقود ، المرجع السابق ، ص ٥٧١ و ص ٥٧٢ .

الدكتور على الفحام ، سلطة الادارة في تعديل العقد الادارى ، المرجع السابق ، ص ٢٣٠ .

والحكمة التى من أجلها خلق مجلس الدولة الفرنسى نظرية عمل الأمير ، للموازنة بين ما تتمتع به الادارة من سلطات استثنائية فى مواجهة المتعاقد معها ، وحقوق هذا المتعاقد فى أن يعوض تعويضا عادلا عن كافة الاضرار التى تنشأ عن تدخلات الادارة غير المتوقعة . أما اذا كانت تلك الاجراءات متوقعة وقت التعاقد ، فلا يحق للمتعاقد المطالبة بالتعويض استنادا لنظرية عمل الأمير ، على اعتبار أنه قد أقدم على التعاقد وهو مقدر لهذه الظروف .(١)

٣ ــ معيار عدم التوقع وظروف الحال :

اذا كان معيار عدم التوقع معيارا موضوعيا ، لا يعتد فيه بما وقر فى ذهن المتعاقد من توقع أو عدم توقع الحادث أو الفعل أو الصعوبة ، وأن العبرة فى ذلك ألا يكون فى مقدور الشخص العادى أن يتوقع الظرف الجديد لو وجد فى ذات ظروف المتعاقد ، الا أن القاضى يجب عليه أن

(١) يراجع حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٣ ابريل سنة ١٩٠٣ فى قضية "Mistral et Pavie" المجموعة ص ٣٠٦ .
وتشير كتب الفقه الى هذا الحكم باعتباره نموذجا واضحا للعقود التى يعلم فيها المتعاقد سلفا بطريقة واضحة مؤكدة لامكانية اتخاذ الادارة لاجراءات خاصة بالعقد وتؤثر على ظروف تنفيذه ، مما يمتنع معه منح المتعاقد تعويضا عما يصيبه من ضرر . فاذا ما تعاقدت الادارة على أن تضع تحت تصرف المتعاقد معها لعدد من المساجين ، ثم قامت بتخفيض عددهم الى حد كبير ، فانه لا يحق للمتعاقد المطالبة بالتعويض ، على اعتبار أنه يعلم سلفا أن العدد الذى وضعته الادارة تحت تصرفه قابل للزيادة أو النقص ، وبالتالى يتخلف شرط عدم التوقع للاجراء الخاص ويمتنع تطبيق نظرية عمل الأمير .
فى نفس المعنى حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١٤ يناير ١٩٢٠ فى قضية "Galby et Coulomme" المجموعة ص ٢٥ . وأيضا حكمه الصادر فى ٢٦ ديسمبر ١٩٥١ فى قضية "Durand et Poitevin" المجموعة ص ٦١٧ .

يبحث عما اذا كان المتعاقد ــ أثناء ابرام العقد ــ قد بذل الجهد المعقــــول والضرورى لتبين ماهو مقدم عليه .

وعلى ذلك فان ظروف الحال ذات علاقة وثيقة بتقدير خصيصة التوقــــع أو عدم امكان التوقع للظروف التي واجهها المتعاقد (١) .

وترتيبا على ذلك فان القضاء يتطلب أن يبذل المتعاقد الجهد المعقــول للالمام بالصعوبات التي قد تواجهه عند تنفيذ العقد (٢) ، وأن يتخذ كــــل مايمكن وما يجب أن يتخذه من بحث ودراسة للاحاطة بظروف العقد وطـــرق تنفيذه (٣) . ويبدو ذلك أوضح مايكون فيما يتعلق بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، فالمقاول ملزم بتحرى طبيعة الصعوبات التي قد تصادفه عنـد التنفيذ . أما اذا كان في وسعه تبين تلك الصعوبات وقت التعاقد لو بـــذل

---

(١) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 508.

(٢) الأستاذ الدكتور أنور رسلان ، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، مذكراته السابق الاشارة اليها ، ص ٤١ . ويراجع نص المـــادة ٧٨ من اللائحة التنفيذيـــة لقانون تنظيم المناقصات والمزايـــــدات الصادرة بقرار وزير المالية رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨٣ ، وقد جـــاء بها : " يلتزم المقاول بأن يتحرى بنفسه طبيعة الأعمـــــال وعمل كل مايلزم لذلك من اختبارات وغيرها للتأكد من صلاحيــــة المواصفات والتصميمات المعتمدة ... " .

(٣) - C.E. 22 juillet 1977, Truchet et Tansini, Rec. Tables, p. 890, Cahier des Prescriptions Communes (C.P.C.), nº. 2, 1978, p. 96, observation F. Moderne.

عنايـــة الشخص العادى ، فان القضاء الادارى يرفض الحكم بالتعويض [١] .
وقد أشارت محكمة القضاء الادارى الى ذلك بقولها " ... هذا الشرط ينطـوى الى حد كبير على معنى المفاجأة فى صورة معينة ، كأن يجد المتعاقد مــع الادارة نفسه ازاء حالة لم يكن يتوقع حدوثها ، لا بناء على دفتر الشـــروط، ولا من دراسته الأولية للمشروع أو بالرغم مما نبـه اليه أو ما اتخذه من حيطة لا تفوت على الشخص البصير بالأمور قبل الاقدام على المساهمة فى تسير المرفق العام والتعاقد بشأنه ". [٢] وغالبا ما يأخذ القاضى فى اعتباره موقـف الادارة واهتمامها فى تزويد المتعاقد معها بكل عناصر المعلومات اللازمة والمتوافـــرة لديها وذلك قبل الابرام النهائى للعقد . [٣]

فاذا كان المتعاقد لديه كل المكنات لتبين الصعوبات التى واجهتـــه، فلا يستطيع بعد ذلك أن يدعى بأن تلك الصعوبات غير متوقعة ليطالـــب بالتعويض . [٤]

---

(١) د. محمود حلمى ، العقد الادارى ، المرجع السابق ، ص ١٣٤.

(٢) حكمها الصادر فى ٢٠ يناير سنة ١٩٥٧ ــ سبقت الاشارة اليـــه ــ ويراجع حكم المحكمة الادارية العليا الصادر فى ١٤ يونيو سنـــــة ١٩٦٩ ــ سبقت الاشارة اليه ، والذى رفضت فيه المحكمة الحكـم بالتعويض لأن المتعاقد عليه أن يتحرى الصعوبات بنفسه وكـــان بوسعه التوصل اليها.

(٣) - **B. Sablier,** Thèse précitée, p. 43.

(٤) - C.E. 22 juin 1936, Sté Delaunay-Belleville, Rec. p. 837; 19 mai 1943, Caisse des dépôts, Rec. p. 127.

وفى هذين الحكمين رفض مجلس الدولة الفرنسى الحكم بالتعويـــض نظرا لأن المقاول لم يبذل الجهد الكافى لادراك الصعوبات المحتملة التى واجهته على الرغم من أنه كان فى مكنتـه تبين تلك الصعوبات. وفى نفس المعنى :

- C.E. 26 juin 1964, Carbonnier, Rec. p. 936.

ويشير استاذنا الدكتور سليمان الطماوى الى أن المتعاقد عليه " قبل أن يقبل العقد،أن يدرس طبيعة الأرض وأن يبذل الجهد المعقول والمطلوب من كل متعاقد حريص أن يبذله ، للاحاطة بكافة الصعوبات المادية التى من شأنها أن تصادفه عند التنفيذ (١) " . فاذا كانت طبيعة التربة التى صادفها المتعاقد تتناظر مع جغرافية الاقليم (٢) ، أو اذا كانت هذه الطبيعة قد صادفها من قبل بمناسبة أشغال أخرى (٣) ، فانها لا تكون صعوبة غير متوقعة اذا ما اقترنت بهذه الظروف . ولا يستطيع المتعاقد التعلل بأن البيانات والايضاحات التى زودته بها الادارة قد خدعته ، اذا كانت الادارة قد أشارت فى العقد الى أن التوضيحات المقدمة منها لا تكفى لتقصى حقيقة الواقع وأن على المتعاقد أن يتخذ كل ما من شأنه وما يراه ضروريا لاكمال هذه البيانات والايضاحات (٤) . وذات الشيء اذا كانت طبيعة التربة محل الخلاف قد حددت تماما بمعرفة الادارة ، فلا يقبل من المتعاقد الادعاء بعدم علمه بها . (٥)

= وفى هذا الحكم رفض مجلس الدولة الفرنسى الحكم بالتعويض حيث أن شروط العقد قد وضعت على عاتق المتعاقد اختيار عين المكان محل التعاقد ، فان قصر فى ذلك فعليه أن يتحمل نتيجة اهماله .

(١) العقود ، المرجع السابق ، ص ٦٥٨ .

(٢)
- C.E. 4 mai 1937, Sanz, Rec. p. 474; 26 octobre 1962, Sté havraise de constructions terrestres et maritimes, A.J.D.A. 1963, p. 34.

(٣)
- C.E. 29 mars 1944, Montcocol, Rec. p. 104; 28 mars 1945, Clauzier, Rec. p. 68.

(٤)
- C.E. 11 juillet 1960, O.P.H.L.M. de la Sein c/Sté Ent. Labalette, Rec. p. 474.

(٥)
- C.E. 22 juillet 1977, Sté Tuchet et Tansini, précité.

وقد قرر مجلس الدولة الفرنسي في العديد من المنازعات توفر خصيصة عدم التوقع للصعوبات التي واجهها المتعاقد ، واضعا في اعتباره أن الشخص المعتاد ماكان من الممكن له أن يتوقع تلك الصعوبات في الظروف التي وجد فيها المتعاقد ، والتي لا تقتصر على تقييم مابذله من جهد ولكن تمتد الى تقييم موقف وسلوكيات الادارة المتعاقدة ذاتها . (١)

فاذا أهملت الادارة في تزويد المتعاقد معها بنتائج الدراسات التي أجرتها عن جيولوجية التربة (٢) ، أو لم تقدم سوى دراسات غير كافية لم تشر لوجود طبيعة خاصة للتربة (٣) . أو عدم دقة البيانات الخاصة بمقدار وكتلة الصخور التي تعتبر أساسا للأشغال محل التعاقد (٤) ، أو من باب أولى عدم التصريح للمتعاقد باجراء الدراسات الضرورية (٥) ، فان هذه الظروف لهـا أهميتها عند تقدير شرط عدم التوقع . الا أنه قد يحدث تقصير من الجانبين في بعض الحالات ، كأن تكون المعلومات والبيانات المقدمة من الادارة غير

---

(١) - J. Montmerle, "Passation et exécution des marchés de travaux publics; commentaire de C.C.A.G.". 1966, p. 184.

(٢) - C.E. 21 juillet 1970, Département des Hautes-Alpes c/Sté savoyarde d'entreprise, Rec. p. 533.

(٣)، (٤) - C.E. 12 mai 1982, Sté des autoroutes Paris-Rhin-Rhône, précité.

(٥) - C.E. 30 juin 1976, Sté d'économie mixte d'équipement de la Ville d'Aix-en-Provence, Rec. p. 993; 12 mai 1982, Sté des autoroutes P.-R.-R., précité.

كافيـــة ، وعلى الرغم من ذلك فان المقاول يقدر الصعوبات الناتجة عن هـــذه المعلومات الناقصة بطريقـــة أقل من قدرها الحقيقي (١) .

وهنا يبرز دور القاضي في تقدير ما اذا كان هناك خطأ يستتبع تقريـــر المسئولية العقدية وتحمل طرفي العقد لتبعـــه ما وقعا فيه من خطـــأ (٢) .

---

(١) - C.E. 13 octobre 1978, Département de la Vandée et autres, Rec. p. 871.

وقد جاء بهذا الحكم :

"Les renseignements géologiques communiqués par le département à l'entrepreneur préalablement à la conclusion du marché ne révélaient pas l'existence dans le sous-sol d'une couche de grès dur ... l'entreprise, qui a sous-estimé les difficultés de fonçage ... doit supporter la moitié des dépenses supplémentaires exposées du fait des difficultés rencontrées".

(٢) يراجع حكم محكمة القضاء الادارى المصرية فى القضية رقـــم ٧٠١ لسنة ١٧ ق ، الصادر فى ١٩٦٩/١٢/١٥ والمنشور بمجموعـــة المبادىء القانونيـــة التى قررتها المحكمة فى ثلاث سنوات من ١٩٦٦ الى ١٩٦٩ ، ص ٤٣١ – ٤٣٢ . وقد جاء به : " من حيـــث أنه وان كان المدعى قد أخطأ حينما تقدم بعطائه قبل دراسة تصميمات المشروع واستطلاع آراء الخبراء الفنيين ... الا أنه من الناحيـــة الأخرى فان جهة الادارة قد أسهمت هى الأخرى فى خلق الصعوبـــات التى اعترضت تنفيذ المشروع بقدر من الخطأ يتمثل فى وضع تصميمـــات المشروع على أساس لا يتفق من الناحية الفنية مع أوضاع حـــوض التخزين ... وبهذه المثابة فانه يتعين على كل من الطرفيـــن أن يتحمل تبعة ما وقع فيه من خطأ ... ".

أو أن الأمر لا يعدو أن يكون مجرد توقعات مشتركة لأطراف العقد تبين أنها في غير محلها • وهذا يؤكد الطبيعة المبهمة لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، والتي تبررها اعتبارات العدالة التي تدفع القاضي للتشدد في تقدير كافة الظروف المتعلقة بالصعوبات وما اذا كانت داخل دائرة التوقع أو عدم التوقع أثناء ابرام العقد (١) .

وخلاصة القول فيما يتعلق بالنظريات الثلاث ان خصيصة عدم التوقع أو عدم امكان التوقع تقدر وفقا لمعيار موضوعي ، مع الأخذ في الاعتبار الظروف المتعلقة بكل حالة على حدة ، وهو مايسير عليه القضاء الفرنسي، والمصري على السواء (٢) • وهو ما يؤكد أنه لا يوجد حادث غير متوقع بصفة مطلقة وانما فقط حادث لا يمكن عادة توقعه عند ابرام عقد معين • (٣)

---

(١) A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 509.

(٢) الأستاذ الدكتور عبدالحميد حشيش ، الظروف الطارئة ، المرجع السابق ، ص ٢٢٢•

(٣) S. Rials, "Le juge administratif français et la technique du standard, essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité", Thèse, L.G.D.J., 1980, pp. 98-99.

المطلب الثالـــــث

التاريخ المعتد به لتقديـــر شرط عدم التوقـــــــع

اتساقا مع الحكمة التي من أجلها خلق مجلس الدولة الفرنسي النظريـــات الثلاث عمل الأمير والظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة، فـــان التاريخ الذي يعتد به القاضي لتقدير توافر شرط عدم التوقع للفعل أو الحـــادث أو الصعوبة ، هو تاريخ ابرام العقد .

ونظرا الى أن شرط عدم التوقع أو عدم امكان التوقع شرط أساسي حتـــى يمكن الاستناد الى أي من النظريات الثلاث ، للحكم بالتعويض أو اعفـــاء المتعاقد من التزاماته العقدية في حالة القوة القاهرة (١) ، فان تاريخ ابـــرام العقد يكتسب أهمية خاصة لتحديد ما اذا كان الظرف الذي سبب الضرر متوقعـا أو لم يكن في الوسع توقعه في ذلك التاريخ . (٢)

ويشير مجلس الدولة الفرنسي في العديد من أحكامه الى تاريخ ابرام العقد عند تقدير توافر شرط عدم التوقع (٣) . وفي جميع الأحكام الصادرة من المحكمـة

---

(١) - **M. Waline,** note sous C.E. 13 juillet 1968, Sté "Établissements Serfati", R.D.P., 1969, pp. 123-125.

(٢) - **J.-M. Pontier,** Article précité, R.D.P., 1986, p. 33.

(٣) - C.E. 6 juillet 1921, Sieur Jacquemard, Rec. p. 664: "... à l'époque où il a traité, la sieur Jacquemard devait faire entrer dans ses prévisions..".

ويراجع من أحكام المجلس التي التزمت ذات الصيغة التي يجرى بهـــا قضاء ه :

- C.E. 2 juillet 1931, Sieur Nicolas, Rec. p. 720; 13 juillet 1968, Société "Établissements Serfati", précité, Concl. Bertrand,

=

الادارية العليا سواء فيما يتعلق بنظرية عمل الأمير أو الظروف الطارئة أو الصعوبات المادية غير المتوقعة ، والتى تعرضت لبيان شروط تطبيق أى من تلك النظريات ، اقترن شرط عدم التوقع بعبارة " عند ابرام العقد " . (١)

= A.J.D.A., 1968, p. 582: "... ces événements ne pouvaient être regardés comme imprévisibles à la date de la passation du contrat";

- C.E. 7 mai 1982, Sté Sogeparc-Paris, précité.

(١) على سبيل المثال : فيما يتعلق بنظرية عمل الأمير : حكمها الصادر فى ١١ يناير سنة ١٩٦٩ ، س ١٤ ص ٢٣٢ .

وفيما يتعلق بنظرية الظروف الطارئة :

حكم المحكمة الادارية العليا الصادر فى ١٧ يونيه ١٩٧٢ ، سبقت الاشارة اليه .

وأيضا : حكمها الصادر فى ١٨ ديسمبر سنة ١٩٨٤ فى الطعن رقم ١٢٢٣ لسنة ٢٧ ق ، سبقت الاشارة اليه .

وحكمها الصادر فى ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٨٥ فى الطعن رقم ٢٥٤١ لسنة ٢٩ ق ـ غير منشور ، وقد سبقت الاشارة اليه .

ويراجع فيما يتعلق بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة :

حكم المحكمة الادارية العليا الصادر فى ١٤ يونيو سنة ١٩٦٩ ، سبقت الاشارة اليه .

وأيضا فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع رقم ٩٥ بتاريخ ١٩٦٤/٢/٤ ، سبقت الاشارة اليها .

الا أنه نظرا لأن العقد الاداري يتميز بذاتية خاصة في ابرامه تختلف عن أحكام القانون الخاص ، سواء فيما يتعلق بشكل العقد أو القيود التي ترد على حرية الادارة فيما يتعلق باختيار المتعاقد معها أو من ناحية اتباع اجراءات خاصة تفرضها القوانين واللوائح ، فانه يصبح من الضروري في بعض الأحيان عند التحديد الدقيق لتاريخ ابرام العقد في خصوصية شرط عدم التوقع، الاخذ في الاعتبار هذه الاجراءات المطولة والمعقدة أحيانا والوقت الذي تستغرقه . فالظروف والصعوبات التي قد تكون غير متوقعة في بدء اجراءات التعاقد قد تصبح متوقعة في نهايتها .

ولقد اتيح لمحكمة القضاء الاداري المصرية أن تبرز هذه الذاتية الخاصة لاجراءات ابرام العقد الاداري حيث تقول : " تتكون العقود التي تبرمها الادارة في العادة من عملية أكثر تعقيدا منها في العقود المبرمة بين الأفراد. ويبرز أشد أنواع هذا التعقيد بوجه خاص في الشق المتعلق بالتعبير عن ارادة جهة الادارة التي تكون طرفا في العقد الاداري .

كما يتكون العقد المدني من تلاقي رضاء كل من الطرفين المتعاقدين برضاء الآخر ، واذا كان التعبير عن ارادة المتعاقد مع جهة الادارة يشبه في بساطته التعبير الصادر منه في نطاق القانون الخاص ، الا أن التعبير عن ارادة جهة الادارة غالبا مايتم في شكل عملية مركبة معقدة متشابكة، وقد تكون على مراحل متعددة ، وفي فترات متلاحقة على حسب الأحوال .

وعادة ما يسبق ذات التصرف الذي يتم بمقتضاه ابرام العقد الاداري طائفة من الاجراءات والتدابير التي تمهد وتهيئ لمولد ذلك التصرف الذي قد تعقبه طائفة أخرى من تدابير واجراءات التصديق والاعتماد اللازم لابرام العقد" (١) .

(١) حكم محكمة القضاء الاداري المصرية في ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٥٦ (س ١١ ، ص ١٠٦).وانظر في ذات المعنى حكمها الصادر في ٢٠ يونيه سنة ١٩٥٧ في القضية رقم ٣٤٨٠ لسنة ٩ قضائية .

ولهذا ، فانه قد يبدو من الأهمية بمكان الرجوع الى شروط ابرام العقد لتحديد التاريخ الذى اعتمدت فيه اجراءات ابرامه . وهذا هو السبب في أن بعض أحكام مجلس الدولة الفرنسي تشير الى واقعة التصديق على العقد (١) ، والبعض الآخر يشير الى مجرد التوقيع عليه (٢) . ومن ناحية أخرى فان اعلان الادارة عن المناقصة أو المزايدة ماهو الا دعوة للتعاقد ، وتقدم المتعاقد هو تقدم بالايجاب اذا صادف قبول الادارة بابرام العقد نشأت الرابطة التعاقدية . والقاعدة المسلم بها هي التزام الفرد المتقدم للتعاقد بالبقاء على التزامه منذ تاريخ تقدمه بعطائه للادارة دون التزام مقابل على الادارة بابرام العقد (٣) . أى أن المتقدم للتعاقد يلتزم بمجرد تقديم عطائه ، وقد يكون

---

(١) - C.E. 20 décembre 1961, S.A.R.L. "La pomme de terre", Rec. p. 731.

(٢) - C.E. 7 mai 1982, Sté Sogeparc-Paris, précité.

(٣) يراجع فى هذا الشأن:

- G. Vedel, P. Delvolvé, Droit administratif, 9e éd., Op. Cit., p. 322 et s.
- A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 1, Op. Cit., pp. 615-616.

الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى ، العقود ، المرجع السابق ، ص ٣٢٨ .

هذا الالتزام من جانبه سابقا بفترة تطول أو تقصر عن تاريخ التوقيع أو التصديق على العقد اللازم لصيرورته نافذا .

وعلى ذلك فان التاريخ الذى أودع فيه عطاء ه قد يكون له أهميته في بعض الأحيان لتقدير ما اذا كان الظرف أو الحدث التالى لذلك التاريخ متوقعا ، أم غير متوقع . وبصفة عامة يمكن القول أنه يجب الأخذ فى الاعتبار التاريخ الأول الذى التزم فيه أحد المتعاقدين فى الغالب الأعم المتعاقد مع الادارة - بمعنى الالتزام الذى لا يمكن الرجوع فيه ، وذلك عندما يتأخر الاجراء النهائى لابرام العقد ، توخيا للدقة عند تقدير خصيصة التوقع أو عدم امكان التوقع . (١)

وعلى العكس من ذلك فانه اذا كان أمام مقدم العطاء الفرصة حتى اللحظة الأخيرة لسحب عطائه ، فانه يجب الرجوع الى التاريخ الذى أصبح فيه التعاقد نهائيا أى صيرورة العقد باتا ، بما أن التغيرات التى طرأت تمت فى وقت كان من الممكن لمقدم العطاء أن يتبصر جيدا المستجدات التى حدثت وكان لديه مكنة العدول عن اتمام التعاقد . (٢)

---

(١) الأستاذ الدكتور عبدالحميد حشيش ، المرجع السابق ، ص ٢٣٠ وما بعدها .

(٢) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 1, Op. Cit., p. 586.

نجد هذا واضحا فى حكم مجلس الدولة الفرنسى فى النزاع المعـــروف باسم "La pomme de terre" (١) ، حيث رفض المجلس الحكـــم بالتعويض بناء على نظريـة الظروف الطارئة لتخلف شرط عدم التوقع عنـــد التصديق على العقد • وقياسا على ذلك فانه اذا تم تجديد العقد بعد انتهـاء مدته الأولى ، فانّ تاريخ التجديد هو الذى يجب الرجوع اليه ، لتقدير توافـر شرط عدم التوقع للصعوبات التى يواجهها المتعاقد أثناء المدة الثانية للعقد • (٢)

---

(١) - C.E. 20 décembre 1961, S.A.R.L.: "La pomme de terre", précité.

وتتلخص وقائع القضيـة فى أن الشركـة المدعية كانت قد تعاقدت مـع الحكومـة الجزائريـة على توريد كميـات من البطاطس فى المـدة من أول ابريل سنـة ١٩٥٨ وحتى أول ابريل من العام التالـى له • طالبت الشركـة بتعويض عن النفقات غير العادية والخارجـة عن النطـاق التعاقدى التى تكبدتهـا من جراء ارتفاع الأسعـار ارتفاعا فاحشـا بسبب الأحداث التى وقعت فى ١٣ مايو سنـة ١٩٥٨ ، والحال أن العقـد لم يصدّق عليه الا فى ٢٩ مايـو ١٩٥٨ وكان لدى الشركـة مكنـة العدول عن التزامهـا منذ تقديـم العطاء وحتى التصديق النهائى على العقد بناء علـى المادة السادسـة من كراسـة الشروط العامة • اعتبـر المجلـس أن الفيصـل فى تحديد ما اذا كان ارتفاع الأسعار يدخل ضمـن توقعات الأطراف أم لا ، انما يكون فى هذه الحالة بتاريخ التصديـق على العقد • ولما كان ارتفاع الاسعار قد وقع قبل التصديق ، فـان التغيرات اللاحقة لا يمكن اعتبارها فى هذا التاريخ غير متوقعـة ، وبالتالى رفض المجلـس الحكم بالتعويـض تأسيسـا على نظرية الظروف الطارئـة •

(٢) - C.E. 19 octobre 1966, Société "Les viviers de Saint-Malo", Rec. p. 1020.

ايضا وتطبيقا للقواعد العامة اذا أبرم المتعاقدون ملحقا للعقد الأول ، فان تاريخ ابرام هذا الملحق هو المعول عليه لتقدير خصيصة التوقع أو عدم امكان التوقع للظروف والصعوبات اللاحقه لهذا التاريخ ، وهو ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في ١٧ يونيه سنة ١٩٨١ في قضية "Commune de Papeete" (١)

وفي حالة التغيرات التي قد تحدث في شخص المتعاقد الأصلي في غضون تنفيذ العقد (حالة التنازل عن العقد بموافقة الادارة أو في حالة حلول الورثة محل المتعاقد الأصلي في تنفيذ العقد) فان العبرة بتاريخ ابرام العقد الأصلي (٢) ، وهو ما انتهى اليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي (٣) .

واذا كان المعتاد أن التاريخ الذي يقدر فيه توافر شرط عدم التوقع هو تاريخ ابرام العقد ، الا أن توقع أو امكان توقع الفعل أو الحادث أو الصعوبة في ذلك التاريخ ، لا يستبعد معه امكان تطبيق أي من النظريات

---

(١) المجموعة ص ٨١٤ : في هذا النزاع كان قد أبرم ملحق للعقد الأصلي وقد رفض مجلس الدولة الفرنسي طلب التعويض للنفقات الخارجة عن النطاق التعاقدي من جراء ارتفاع الأسعار للمواد الأولية والمنتجات البترولية ومشتقاتها المصنعة ، معللا الرفض بأن ارتفاع الأسعار اللاحق لتاريخ ملحق العقد كان متوقعا .

(٢) رسالة الأستاذ الدكتور عبدالحميد حشيش ، المرجع السابق ، ص ٢٣١ .

(٣) - C.E. 28 janvier 1944, Cne de Wimille, Rec. p. 35; 15 juillet 1949, Ville d'Elbeuf, S. 1950, 3, 61, précité.

الثلاث اذا كانت النتائج المترتبة على الحادث غير متوقعة أو لم يكن فى الوســـع توقعها . (١) . وهذا يعنى أن القاضى يجب أن يضع فى الاعتبار عند تقديـــر خصيصة عدم التوقع ، تاريخ ابرام العقد ومدى ارتباطه بمحل عدم التوقـــع وما اذا كان الفعل أو الحادث أو النتائج المترتبة عليه .

---

(١) - **J.-M. Pontier**, Article précité, R.D.P. 1986, p. 35: "La prévisibilité de l'événement par le cocontractant n'exclut pas toujours l'imprévisibilité des effets que ce même événement a pu produire".

ويراجع :

- C.E. 4 novembre 1932, Société Eau et Assainissement c. Ville de Paris, précité: "... si, les 16 décembre 1921 et 19 juillet 1922, dates des accords passés entre la ville de Paris et la Société "Eau et Assainissement", l'éventualité d'une prochaine occupation de la Ruhr pouvait être raisonnablement envisagée, les conséquences que cette operation a entrainées, notamment en ce qui concerne la hausse du prix des fontes ne pouvaient normalement entrer dans les prévisions des parties".

المطلب الرابـــع

التطبيقات القضائية لشـــرط عدم التوقـــــع

نظرا لان عدم التوقع أو عدم امكان التوقع ، أحد الشروط الأساسيـــة التى يتطلبها القضاء لامكان تطبيق أى من النظريات الثلاث عمل الأميـــر والظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة ، فان التطبيقات القضائيـة لهذا الشرط عديدة ومتنوعة ، وبصفة خاصة فى قضاء مجلس الدولة الفرنســى حيث نشأت هذه النظريات نشأة قضائية . واذا كانت الأحكام الصادرة مـــن مجلس الدولة المصرى ليست بغزارة قرينه الفرنسى فى مجال العقود الادارية ، الا أنها قد تعرضت بدورها الى هذا الشرط كلما سنحت الفرصة بذلك . وقبـل أن نعرض لهذه التطبيقات القضائية سنحاول أن نستعرض بعض الافكـــار المتعلقة بشرط عدم التوقع والمستخلصة من بعض أحكام القضاء .

اولا : خصائص عدم التوقع :

١ ـ ان الحادث أو الفعل الذى يمكن أن يوصف بأنه غير متوقع قد يكـــون من أصل طبيعى أى يرجع الى الظواهر الطبيعية ، أو قد يرجـــع الى التدخلات والتصرفات الانسانية . وأغلب الظواهر الطبيعية يمكـن اعتبارها غير متوقعة اذا كانت استثنائية فى حدتها أو فى مدتهـــا (١) .

---

(١) ".. tant par leur importance exceptionelle que par leur durée prolongée": C.E. 20 janvier 1932, Demoiselles Malamaire, Rec. p. 79.

ونظرا لان شرط عدم التوقع يقدر بذات الظروف التى يقدر بها فـــى حالة القوة القاهرة فان جميع الأحكام التى تعرضت لهذا الشـــرط بخصوص حالة القوة القاهرة لها أهميتها فى ابراز خصائص عدم التوقـع أو عدم امكان التوقع . ومن أوائل الأحكام التى تعرضت للظواهـــر الطبيعية واعتبرتها غير متوقعة اذا اكتسبت الصفة الاستثنائية فـــى حدتها أو فى مدتها :

أما الأحداث ذات الأصل الانساني كالحرب والاضراب وأعمال التخريب والارهاب ، وما قد يترتب عليها من آثار على تنفيذ الالتزامات التعاقدية ، فانها أيضا تخضع لظروف الحال وقد يعتبرها القاضي متوقعة أو لم يكن في الوسع توقعها بحسب الاحوال . (١)

ولما كانت نظرية عمل الأمير تفترض أن العمل الضار يجب أن يكون صادرا من جهة الادارة المتعاقدة فلا يتصور إلا أن يكون مصدرها من أصل انساني ، في حين أن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وان كانت في أغلب الحالات ترجع الى الظواهر الطبيعية الا أنه لا يستبعد في بعض الحالات الأخرى أن ترجع الى فعل بعض الناس من غير المتعاقدين . وتتميز نظرية الظروف الطارئة بأنها قد ترجع الى أصل طبيعي أو انساني .

- C.E. 16 décembre 1892, Ministre des Travaux publics c. Couderc, Lamarre et Bénière, Rec. p. 911.

وقد جاء بهذا الحكم :

"La sécheresse exceptionnelle de l'été de 1881, qui a nécessité de la parte des entrepreneurs des dépenses imprévues peut être considerée comme constituant un cas de force majeure".

(١) من أحكام مجلس الدولة الفرنسي التي اعتبرت ظرف الحرب أمرا غير متوقعا :

- C.E. 30 juin 1932, Commune de Ganges, Rec. p. 647.

٢ ـ يعتبر عنصر المفاجأة "La saudaineté" أحد الخصائص الأساسية التى تتميز بها فكرة عدم التوقع سواء فى مجال العلاقات التعاقدية أو خارج نطاق هذه العلاقات .(١)

ولقد أشار مجلس الدولة الفرنسى فى العديد من الأحكام الى عنصر المفاجأة ، والذى يبدو اكثر وضوحا فى نطاق الظواهر الطبيعية كالفيضانات والاعاصير غير المتوقعة فى حدتها والتى تحدث بصفة مفاجئة غير منتظرة .(٢) . ولقد أشارت محكمة القضاء الادارى المصرية الى عنصر المفاجأة كأحد خصائص شرط عدم التوقع بقولها : " ان الشرط الخاص بوجوب أن تكون الصعوبات طارئة أى غير متوقعة أو مما لا يمكن توقعه أو ليس فى الوسع توقعها ، هذا الشرط ينطوى الى حد كبير

---

(١) يشير الأستاذ "J.-M. Pontier" فى مقاله المنشور فى مجلة القانون العام الفرنسية عام ١٩٨٦ السابق الاشارة اليه ، الى أن فكرة عدم التوقع تؤدى دورا فى مجال العلاقات العقدية وأيضا فى مجال المسئولية خارج النطاق التعاقدى ، وبصفة خاصة اذا كان هناك رابطة سببية بين نشاط الادارة والضرر الذى يصيب أحد الأفراد من جراء هذا النشاط ، حيث تنتفى المسئولية الادارية اذا تدخل السبب الأجنبى فى احداث الضرر . ويضيف أن عدم امكان التوقع هو أحد شروط حالة القوة القاهرة لعدم اسناد الضرر للسلطة الادارية .
يراجع المقال السابق ص ١٧ . وبصفة عامة يراجع فى موضوع اسناد الضرر :

- F.P. **Benoit**,"Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé. Problèmes de causalité et d'imputabilié", J.C.P., 1957, 1. 1351.

(٢) - C.E. 16 novembre 1921, Rouquet,Rec. p. 946: Les pluies ou des inondations "d'une gravité et d'une soudaineté exceptionnells" ou une

على معنى المفاجأة فى صورة معينة ... "(١)

٣ – فى العديد من أحكام مجلس الدولة الفرنسى التى أشارت الى شرط عـــدم التوقع نجد أن الصيغة الغالبة لقضاء المجلس في هذا الشأن تجـــرى على النحو التالي : "eu égard aux circonstances de temps et de lieu" .

وهذه الاحالة لظروف الزمان والمكان تعنى أنها أحد عناصر استـــدلال القاضى عند تقدير احتمالات التوقع أو عدم امكان التوقع(٢) . وعلى سبيل المثال فالأمطار كأحد الظواهر الطبيعية قد تكون اكثر وقوعا فى بعـــض الفصول عن البعض الاخر وفى بعض الأقاليم عنها في البعض الاخر . ولهذا فان احتمالات وتواتر وقوع الحدث يجب أن يوضع فى اعتبار القاضى عنـــد تقديره لتوقع أو عدم امكان توقع حادث ما .

٤ – يمكن أيضا أن يكون هناك علاقة بين عدم التوقع او عدم امكان التوقـــع والمدة التى يستغرقها الحادث او الظرف الذى اعترض تنفيذ العقـــد . فالارهاق الذى يصيب المتعاقد قد يرجع بصورة مباشرة لطول الفتـــرة غير العادية التى أثر فيها الفعل أو الحادث على تنفيذ العقد . فالحادث

= crue "d'une hauteur et d'une soudaineté exceptionnells": C.E. 1er août 1923, Sieur Martignier et Société en commadite A. Martignier, Rec. p. 649.

(١) حكمها الصادر فى ٢٠ يناير سنـــة ١٩٥٧ – وقد سبقت الاشـــارة اليه .

(٢) - J.-M. Pontier, Article précité , R.D.P., 1986, p. 14.

ويراجع فى نفس المعنى :

- J. Georgel, J.C.A., Fasc. 512, Op. Cit., n°. 87.

أو الظرف قد يوصف بأنه متوقع أو غير متوقع بحسب المدة التى يستغرقها. (١)

٥ ـ استبعاد عدم التوقع بتكرار وقوع الفعل أو الحادث .

التساؤل المطروح هو متى يمكن القول بأن فعلا أو حادثا ما يصبح أمرا متوقعا حدوثه بالنظر الى تكرار حدوثه من قبل ؟ .. بالطبع لا توجد اجابة على الأقل من الناحية النظرية يمكن القول بها مقدما ، وان كان يمكن القول ـ استخلاصا من بعض أحكام مجلس الدولة الفرنسى ـ أن القاضي يبدي تشددا واضحاً في التسليم بعدم توقع الفعل أو الحادث كلما كان هناك تكرارا أو دورية فى وقوع الفعل أو الحادث (٢) . نجد ذلك

---

(١) - C.E. 26 juin 1963, Calkus, Rec. p. 401: "... à raison de leur durée et de leur intensité exceptionnelles et imprévisibles.."

وفى نفس المعنى : حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٢٠ يناير سنة ١٩٣٢ فى قضية: **"Demoiselles Malamaire"** المجموعة ص ٧٩ ، وقد جاء بهذا الحكم فيما يتعلق بالأضرار الناجمة عن مياه الأمطار والتى تعتبر قوة قاهرة مانعة من تنفيذ العقد : .

- "... ces dommages résultent uniquement de pluies qui, tant par leur importance exceptionnelle que par leur durée prolongée, ont présenté le caractère d'un cas de force majeure".

(٢) - **J.-M. Pontier**, L'imprévisibilité, article précité, R.D.P. 1986, p. 37.

واضحا فى حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر فى ٢٢ فبراير سنة ١٩٦٧ فى قضية "Ville de Royan c. Sieur Gracieux" (١) ، حيث رفض المجلس الحكم بالتعويض عن الأضرار التى أصابت المتعاقد من جراء فيضان نهر السين بسبب الأمطار الغزيرة ، حيث قدر المجلس أن هذه الأمطار تعادل فى شدتها ومدتها والآثار التى ترتب عليها لما سبق أن حدث عام ١٩٣٥ .

وعلى الرغم من فوات مدة ٢٤ عاما على هذا الحدث الا أن ذلك أدى الى تخلف شرط عدم التوقع للحادث الجديد . أيضا فى حكمه الصادر فى ٢٣ يناير سنة ١٩٨١ فى قضية "Ville de Vierzon" (٢) قرر المجلس توافر شرط عدم التوقع للظرف الطارىء " بالنظر الى كل السوابق المعروفة فى الاقليم " . ويمكن أن يستخلص ضمنا من بعض أحكام مجلس الدولة المصرى أنه يسير على ذات النهج ، ففى حكمها الصادر فى ٢٠ يناير ١٩٥٧ تقول محكمة القضاء الادارى أن " المدعى ليس غريبا عن هذه العملية ، بل هو عليم بها ، بل بالمنطقة محل التعاقد بالذات، كما أن شروط العقد .. فيها مايشير صراحة الى أنه قد يواجه طبقة صخرية ... ". (٣)

(١) Rec. T., p. 951: Les précipitations "d'une importance au moins égale se sont produites dans le même lieu en 1935, soit il y a vingt-quatre ans, ce qui rend l'événement non imprévisible". -

(٢) Rec., p. 28: "... par rapport à tous les précédents connus dans la région...". -

(٣) سبقت الاشارة اليه .

وهذه العبارات يفهم منها ضمنا أنه قد تخلف فى شأن الواقعة محل النزاع الخصائص الواجب توافرها فى شرط عدم التوقع ومنها – بالاضافة الى تخلف عنصر المفاجأة – سبق علم المتعاقد بالمنطقة محل التعاقد وأن بها طبقات صخرية . يؤكد ذلك أن المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ١٤ يونيو سنة ١٩٦٩ (١) – والمتعلق أيضا بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة – أرجعت الصعوبات التى واجهها المتعاقد الى وجود "أساسات خرسانية وخزانات مجارى ومياه لم يسبق لها مثيل " . وان كانت المحكمة لم تقر تطبيق النظرية لتخلف شروطها فى هذه القضية ، الا أن عبارة " لم يسبق لها مثيل " يمكن تفسيرها على أنها تعنى استبعاد عدم التوقع بتكرار وقوع الفعل أو الحادث أو الصعوبة ، أو ما يطلق عليه فى الفقه الفرنسى : "La suppression de l'imprévisibilité par la répétition" .(٢)

ثانيا : بعض المبادىء المطبقة على شرط عدم التوقع :

بعد أن استعرضنا بعض الأفكار المتعلقة بشرط عدم التوقع ، سنعرض لبعض تطبيقات مجلس الدولة الفرنسى لهذا الشرط ، وبصفة خاصة فيما يتعلق بتطبيقات نظرية الظروف الطارئة ، حيث أن قضاءه غزير فى هذا الشأن . ومع الوضع فى الاعتبار أن مفهوم وخصائص عدم التوقع لا تختلف من نظرية لأخرى ، بل انها ذات الخصائص المتطلبة فى حالة القوة القاهرة .(٣)

---

(١) سبقت الاشارة اليه .

(٢) - J.-M. Pontier, Article précité, R.D.P. 1986, p. 35.

(٣) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 522.

١ ـ الأزمات والتقلبات الاقتصادية :

يجرى مجلس الدولة الفرنسى على البحث عما اذا كان هناك أزمات أو تقلبات اقتصادية ابان ابرام العقد أو حتى بوادر أزمة اقتصادية خلال السنوات السابقة على ابرام العقد، من ذلك حكمه الصادر فى ٥ نوفمبر سنة ١٩٨٢ فى قضية "Sté Propétrol"(١) وقد جاء به " ان الارتفاع الذى طرأ على سعر مازوت زيت الوقود بالنسبة للعقود الدولية لزيت الوقود المنزلى ابتداء من شهر مايو سنة ١٩٧٣ ، يجيز للشركة .... اذا استمرت

---

(١) - C.E. 5 novembre 1982, Sté Propétrol, Rec. p. 381; A.J.D.A. 1983-259, Concl. Labetoulle, D. 1983, 245, note J.P. Dubois; J.C.P. 1984. II. 20168, note M. Paillet.

ويلاحظ أن عددا من المنشورات الوزارية الصادرة فى فرنسا عام ١٩٧٣ من وزير الاقتصاد والمالية ، أوصت الأشخاص العامة المتعاقدة على منح تعويض للمقاولين على اساس نظرية الظروف الطارئة ، وذلك لمراجعة النتائج المترتبة على الارتفاع الحاد فى أسعار المواد الأولية والبترولية الذى يصطبغ بخصيصة عدم امكان التوقع لارتفاع الأسعار الناتج عن الازمة الاقتصادية العالمية. ومثال تلك المنشورات الوزارية :

- Les circulaires du Ministre de l'Économie et des Finances: 7 novembre 1973, relative "aux marchés publics de travaux 'en cours d'exécution". (J.O. du 10 novembre 1973); Le Moniteur "Textes Officiels", 24 novembre 1973, p. 239.

فى تنفيذ التزاماتها التعاقدية ، أن تقدم فى مثل هذه الحالة طلبا للتعويض تأسيسا على وجود ظرف غير متوقع".

٢ ــ الاجراءات الصادرة من السلطات العامة :

ومثالها التشريعات الاجتماعية والنقدية والضريبية ، فاذا أبرم العقد وكانت هذه التشريعات على وشك الصدور ، بحيث يمكن القول بأنه كان في امكان أطراف العقد توقع صدورها ، فان مجلس الدولة الفرنسي يرفض الحكم بالتعويض - ومن باب أولى إذا أبرم العقد بعد صدور تلك التشريعات .

وقضاء المجلس في هذا المجال مطرد وغزير (١) . ولقد أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بأن " القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ فيما قرره من أحكام زيادة أعباء أرباب الأعمال ، ومنهم شركات المقاولات ، كان من المتوقع صدوره بهذه الأحكام. فتأمين اصابات العمل

---

(١) تراجع الأحكام العديدة التى أشار اليها الاستاذ دى لوباديير فى مطولــه فى العقود ، الطبعة الأولى ، جـ ٣ ، المرجع السابق ص ٩٩ ومابعدها .

ومنها على سبيل المثال : فيما يتعلق بتقرير ضريبة على الانتاج :

- C.E. 9 avril 1948, Ville de Marcq-en-Barevil et 9 décembre 1949, Etabl. Ducos, p. 524.

وفيما يتعلق بارتفاع سعر الضرائب :

- C.E. 7 mars 1947, Boullez, p. 96.

وتخفيض قيمة العملة :

- C.E. 10 février 1943, Aurran, p. 36.

كان مفروضا من قبل منذ العمل بالقانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٥٩ الذى كان يفرض تأمين الشيخوخة والعجز والوفاة بنسبة ١٤٪ من أجور العمال وكان فى الوسع توقع تدخل المشرع فى أى وقت لسحب هذا التأمين على طوائف العمال الذين لم يستفيدوا منه بالقانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ ... وبالمثل فان تأمين البطالة والتأمين الصحى كان موعودا بتطبيقها فى المادة ٣ من القانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٥٩ ، فاذا صدر القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ بعد ذلك مقررا هذين التأمينين ، فانه لا يكون بذلك غير متوقع " . (١)

وعلى العكس من ذلك فان مجلس الدولة الفرنسى يجرى على الحكم بالتعويض ، اذا كان احتمال صدور مثل هذه الاجراءات غير متوقع فى ذاته أو كانت تلك الاجراءات متوقعا صدورها ولكن تعدت نتائجها أو آثارها ماكان من الممكن توقعه ، وفقا لتطور قضاءه فى هذا الشأن السابق الاشارة اليه . (٢)

---

(١) الفتوى رقم ٩٤١ الصادرة فى ٣ نوفمبر سنة ١٩٦٤ (سبقت) .

(٢) يراجع على سبيل المثال : فيما يتعلق باجراءات تسعير الغاز :

- C.E. 22 février 1963, Ville d'Avignon, précité; A.J.D.A., 1963-210, Chron. Gentot et Fourré.

وفى هذه القضية طبق مجلس الدولة الفرنسى نظرية الظروف الطارئة حيث لم يكن فى وسع أطراف عقد الالتزام - ولا على وجه الاحتمال - امكان توقع نتائج الاجراءات الصادرة بتسعير الغاز.

وأيضا فيما يتعلق باجراءات تثبيت الاسعار :

- C.E. 12 mars 1976, Département des Hautes-Pyrénées c/ Sté Sofilia, Rec. p. 155; A.J.D.A. 1976-552, Concl. D. Labetoulle.

٣ ـ ظرف الحرب :

يجري مجلس الدولة الفرنسي على الحكم بالتعويض بالنسبة للعقود التي أبرمت في وقت كان خطر الحرب فيه غير متوقع ، وسواء أكان ذلك لمواجهة الارتفاع الحاد في الأسعار أو انخفاض الايرادات غير المتوقع [1]. واذا كان

= وفي هذه القضية والتي تتعلق بعقد التزام مبرم بين ادارة مقاطعة " أوت ـ بيرنيه " وشركة "P.C.L." والتي حلت محلها في جميع حقوقها شركة " سوفيليا " ، قضى المجلس بأن صعوبات الاستغلال الواقع على عاتق الشركة تجاوز في قيمته كل ماكان يمكن توقعه، صعوبات من شأنها أن تعطي للشركة الحق في التعويض للصعوبات ، التي قلبت اقتصاديات العقد .

(١) مما له دلالته في هذا الخصوص أن أول أحكام مجلس الدولة الفرنسي فيما يتعلق بنظرية الظروف الطارئة وهو حكم " شركة الاضاءه لمدينة بوردو " الصادر في ٣٠ مارس سنة ١٩١٦ ، والذي يعتبره الفقه دستور تلك النظرية ، كان متعلقا بظرف الحرب.وبعد سنوات قليلة من هذا الحكم ، طبق مجلس الدولة الفرنسي تلك النظرية أيضا في حكمين متعلقين بظرف الحرب هما : حكمة الصادر في ١٢ مارس سنة ١٩٢٠ في قضية "Cie des automobiles postales". والمنشور في مجلة القانون العام الفرنسية سنة ١٩٢١ ص ٥٠١ ، وحكمه الصادر في ٤ اغسطس سنة ١٩٢٨ ، في قضية "Trassard" والمنشور في المجموعة ص ١٠٥٦ .وفي هذه الأحكام كان لشرط عدم التوقع دورا بارزا حيث لم يكن في الامكان توقع نشوب الحرب وآثارها على الأسعار خاصة أسعار المواد الأولية .

ظرف الحرب في ذاته متوقعا أو كان في الامكان توقعه فان المجلس يحكم بالتعويض أيضا اذا كانت آثار ونتائج الحرب قد جاوزت كل التوقعات، وبصفة خاصة في مجال تأثيرها على أسعار المواد الأولية والبترولية .(١) وعلى العكس من ذلك فان مجلس الدولة الفرنسي يرفض الحكم بالتعويض لتخلف شرط عدم التوقع ، اذا كان ابان ابرام العقد كان من الممكن توقع أن الأعمال الحربية على وشك الوقوع .(٢)

وعلى ذات النهج قضت محكمة القضاء الاداري المصرية برفض التعويض لتخلف شرط عدم التوقع ، في حكمها الصادر في ١٤ ابريل سنة ١٩٦٠، (وقد سبقت الاشارة اليه) حيث تقول " ان الاعتداء الثلاثي على مصر كان أمرا يجب أن يتوقعه المدعي عند ابرام العقد، اذ كان موقف سوريه من شقيقتها العربية وقتئذ موقف المؤازرة والتكافل لتوتر الجو الدولي، وما يصحبه من ارتفاع الأسعار . فاذا كان المدعي يرد ما أصابه من ضرر الى هذه الحرب ، فانها كانت متوقعة من كل سوري . ومن ثم تخلف هذا الشرط من شروط الظرف الطارئ " .

---

(١) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 589.

ويراجع حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٤ نوفمبر ١٩٣٢ في قضية "Sté eau et assainissement" المجموعة ص ٩١٦ — سبق ذكره .

(٢) - C.E. 30 mai 1952, Sté meridionale du bâtiment, Rec. p. 744.

٤ ـ الاضرابـات :

بالنظر الى النتائج الاقتصادية المترتبة على الاضرابات ، فان مجلس الدولة الفرنسي يطبق بالنسبة اليها ذات المبادىء السابقة ، ويجرى على الحكم بالتعويض اذا ثبت أن الاضراب غير متوقع ولم يكن في استطاعة أطراف العقد توقع حدوثه أثناء ابرام العقد (١) .

وبالتطبيق للقواعد العامة فان القاضي عليه أن يبحث عما اذا كان المتعاقد قد بذل كل الجهود الممكنة من أجل المصالحة والتوفيق لوضع نهاية للاضراب، وأنه لا يد له في التحريض عليه ، أو التمهيد لحدوثه، وأن الاضراب حقيقة لم يكن في الوسع توقع حدوثه . (٢)

---

(١) يراجع على سبيل المثال من أحكام مجلس الدولة الفرنسي :
- C.E. 11 juin 1947, Nadaud, Rec. p. 2255; 2 fevrier 1951, Ste grands trav. de Marseille, Rec. p. 67.

(٢) - **A. De Laubadère, F.Moderne, P. Delvolvé,** T.C.A., 2e éd., t. 1, Op. Cit., p. 734.

الفصل الثانـــــى

أوجــــه الخـــــلاف

انتهينا فيما سبق الى أن هناك عددا من الأوجه التى تلتقى عندهــــا النظريات الثلاث بداية من النشأة القضائية لتلك النظريات ، والحكمة التى مـن أجلها خلق مجلس الدولة الفرنسى هذه النظريات، واضعا نصب عينيه ما للعقود الادارية من خصائص ومميزات جعلها تستقل بقواعد خاصة مغايرة للقواعد التـى تحكم العقود المدنية •

ثم تعرضنا للضوابط المميزة للعقد الادارى والمراحل المختلفة لتطـور هذه الضوابط التى تحدد معيار العقد الادارى • وبينا أن مجال كل مـــن النظريات يشمل جميع العقود الادارية وأن الفيصل فى ذلك هو توافر شـــروط تطبيقها •

ثم عرضنا لمسئولية الادارة دون خطأ كشرط لتطبيق أى من النظريـات الثلاث ، حيث لا يمكن اثارة مسئوليتها على أساس اى من هذه النظريـــات اذا ثبت خطأ الادارة ، وهنا تسأل فى نطاق المسئولية التعاقدية العادية •

ثم انتهينا الى أن الأمر الذى تتحقق به المسئولية فى نطاق كل مـــن النظريات الثلاث يجب أن يكون غير متوقع أو لم يكن فى الوسع توقعه •

واذا كان هناك أكثر من وجه من أوجه الشبه بين هذه النظريـــات الثلاث ، الا أن ذلك لا ينفى أن لكل نظرية منها ذاتية خاصة تميزهـــا عن الأخرى [١] ، سواء من حيث مصدر الفعل الذى تتحقق به مسئوليـــة الجهة الادارية المتعاقدة ، أو من حيث شروط تطبيق اى من النظريـــات الثلاث ، والتى قد تتلاقى عند شرط معين وتتباعد عند شرط اخـــر • واذا

---

(١) يراجع مؤلف أستاذنـــا الدكتور سليمان الطماوى ، العقـــود ، المرجع السابق ، ص ٦٦٧ ومابعدها •

توافرت شروط التطبيق كما يتطلبها القضاء فان الآثار القانونية المترتبة على تطبيق أى من تلك النظريات قد تتلاقى هي الأخرى عند أمر معين وقد تختلف عند أمر آخر . (١)

ونظرا للأهمية العملية لما يترتب على تطبيق النظريات الثلاث من نتائج وآثار سواء من ناحية التزامات المتعاقد مع الادارة ، أو من ناحية التزامات الجهة الادارية ، فقد آثرنا أن نفرد لها القسم الثاني من هذا البحث.

وعلى ذلك سنتناول في هذا الفصل أوجه الخلاف بين النظريات الثلاث عمل الأمير والظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة من النواحي الاتية :-

أولا : من حيث الفعل الذى تتحقق به المسئولية فى نطاق النظريات الثلاث : في مبحث أول .

ثانيا : من حيث شروط التطبيق : حيث سنتعرض لها في مبحث ثان .

---

(١) يراجع رسالة الدكتور محمد سعيد أمين ، الأسس العامة لالتزامات المتعاقد مع الادارة ، المرجع السابق ، ص ٦٢٦ ومابعدها ، ص٦٥٥ ومابعدها .

المبحـــــث الأول
الفعل الذى تتحقق به المسئولية فى نطـــاق النظريـــات الثـــلاث

نظرا لأن نظرية الظروف الطارئة تشارك كل من نظرية عمل الأميـــر ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة فى مصدر الفعل الذى تتحقق بـــه المسئولية ، فقد يكون مصدر الظرف الطارىء من فعل جهة الادارة المتعاقـدة كما هو الشأن فى نظرية عمل الأمير ، وقد يكون مصدره مستقلا عن عمـــل الادارة والمتعاقد معها ، كما هو الشأن فى نظرية الصعوبات المادية غيـــر المتوقعة :(١)

فانه من الطبيعى أن يوجد مجال مشترك بين نظرية الظروف الطارئـة، وبين كل من النظريتين الاخريين (٢) . وذلك على خلاف النظرة الكلاسيكية والتى أقامت حواجز فاصلة بين مصدر كل من تلك النظريات الثلاث، والتـــى تبنت فكرة التمييز المطلق بين المخاطر الادارية كمصدر لنظرية عمل الأميـــر، والمخاطر الاقتصادية كمصدر لنظرية الظروف الطارئة ، والمخاطر الطبيعيـــة كمصدر لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة . (٣)

---

(١) - **A. Hachich**, Thèse précitée, p. 150 et s.

(٢) الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى ، العقود ، المرجع السابـــق ، ص ٦٦٩.

(٣) - **G. Jèze**, Contrats, t. 2, Op. Cit., p. 497: "Pour que la théorie de l'imprévision s'applique, il faut qu'on se trouve en présence d'un événement tout à fait indépendant de la volonté des parties contractants; en particulier, de la volonté de l'administration. Sinon, il y a fait du prince. C'est ce qu'on appelle la distinction entre l'aléa économique et l'aléa administratif".

الا أن هذه النظرة التقليدية لم تعد تتفق وتطور أحكام مجلس الدولة الفرنسي والتي واكبت تطور النظم الاقتصادية ودور الدولة في التأثير والتدخل في هذه الأنظمة • مما يصعب معه محاولة التمييز بين المخاطر الاقتصادية والادارية ، نظرا للعديد من المؤثرات التي تؤدي الى تلك المخاطر الاقتصادية، ومن بينها تدخل الدولة وتنظيمها في كثير من الأحيان للظروف الاقتصادية •

وترتيبا على ذلك فان استاذنا الدكتور الطماوى يرى — وبحق — أن الحدود الفاصلة التي نادى بها الفقيه " جيز " في هذا الخصوص قد غدت غير ذات موضوع ، وأنه لم يبق محتفظا بقيمته من هذا التقسيم الثلاثي الا نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة والتي لا يمكن أن يكون لها محل في التطبيق اذا كان مرجع الصعوبات المادية الى فعل الادارة • (١)

وعلى ضوء ماتقدم فاننا سنتناول هذا المبحث في المطالب التالية :

المطلب الأول : المخاطر الادارية والاقتصادية والتمييز بين نظرية عمل الأمير ونظرية الظروف الطارئة •

المطلب الثاني :المخاطر الطبيعية والتمييز بين نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ونظرية الظروف الطارئة •

---

(١) مؤلفه في العقود ، المرجع السابق،ص ٦٦٨ •

المطلب الأول

المخاطر الادارية والاقتصادية والتمييز بين نظرية عمل الأمير ونظرية الظروف الطارئة

سنعرض أولا للمفهوم الكلاسيكي للتفرقة بين المخاطر الاقتصادية والمخاطر الادارية ، هذه التفرقة التي جرى بها الفقه في أول الأمر للتمييز بين نظرية الظروف الطارئة وبين نظرية عمل الأمير • ثم نعرض للوضع الحالي في الفقه والقضاء في كل من فرنسا ومصر •

أولا : التمييز بين المخاطر الاقتصادية والادارية كمعيار للتفرقة بين الظروف الطارئة وعمل الأمير : (١)

بحسب المفهوم الكلاسيكي توجد حدود فاصلة بين المخاطر الاقتصادية والمخاطر الادارية • فالحادث الطارىء في مفهوم نظرية الظروف الطارئة هو حادث من طبيعة اقتصادية ومستقل عن ارادة أطراف العقد • ويضرب الفقيه " جيز " بعض الأمثلة لتلك الحوادث الاقتصادية ، كارتفاع أسعار المواد الأولية أو ارتفاع الأجور والذي ينتج في غضون الأزمات الكبرى السياسية أو الاجتماعية أو الدولية • (٢)

وبالمقابل ووفقا لهذا المفهوم التقليدي تتميز نظرية الظروف الطارئة عن نظرية عمل الأمير والتي تحمي المتعاقد في مواجهة المخاطر الادارية•

---

(١) "Distinction entre l'aléa économique et administratif-critère distinctif entre l'imprevision et le fait du prince".

(٢) - G. Jèze, Contrats, t. 2, Op. Cit., p. 497.

ولقد أشار الى هذا المعيار التقليدى مفوض الدولة "Corneille" في تعليقه على حكم مجلس الدولة الفرنسى فى قضية "Fromassol" (١) وتبناه بعض الفقهاء في فرنسا ومصر (٢) ، وتردد فى بعض أحكام مجلس الدولة الفرنسى فى بداية الأمر (٣) .

---

(١) - Corneille, Conclusions sous C. d'Etat ; 3 décembre 1920, Fromassol, R.D.P., 1921, p. 81: Il faut distinguer l'imprévision ".... il s'agit de savoir ... si nous sommes en présence de l'aléa économique ou de l'aléa administratif...".

(٢) - G. Jèze, Contrats, t. 2, Op. Cit., p. 497 et s.; Auverny-Bennetot, "La théorie de l'imprévision", Thèse, Paris, 1938, p. 50 et s.; T. Chehata,. Thèse précitée, p. 169 et s.

(٣) - C.E. 28 novembre 1924, Tanti, R.D.P. 1925, p. 76, note Jèze.

وقد جاء بهذا الحكم الذى عبر بوضوح عن هذا المفهوم الكلاسيكى :

"Celui-ci (Tanti) est fondé à regarder les sujétions par lui subies de ce chef, quelle que soit l'autorité qui les ait provoquées, comme provenant non d'une imprévision ... mais d'un fait de l'administration dont il ne doit pas, en tout état de cause, supporter les conséquences".

وتراجع الأحكام التى أوردها الاستاذ الدكتور عبدالحميد حشيش فى رسالته عن الظروف الطارئة ، المرجع السابق ، ص ١٥١ هاش ٣ ، ٤ .

وفى الواقع فان هذا المفهوم الكلاسيكي ليس له سوى قيمة نسبية ، كما أنه لا يخلو من اللبس والغموض في بعض الأحيان • هذا بالاضافة الى استحالة الأخذ به نظرا للتطورات الاقتصادية التي شهدها العالم في مجال الاقتصاد الموجه والذي غزا المفاهيم الاقتصادية في العديد من الدول • ففى هذه الأنظمة يبدو فى غاية الوضوح أن الاضطرابات الاقتصادية وتصرفات وأعمال السلطات العامة وثيقة الصلة بماتتضمنه من تفاعلات وثيقة ، يصبح معه من العبث الادعاء بامكانية الفصل بين المخاطر الاقتصادية والادارية •

ثانيا : الوضع الحالي في الفقه والقضاء :

وفقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسي والمصرى على السواء ، فان تدخل القضاء الادارى لتحقيق التوازن المالي للعقد الادارى تطبيقا لنظرية عمل الأمير مشروط بأن " يكون الفعل الضار صادرا من جهة الادارة المتعاقدة • فاذا ماصدر هذا الفعل عن شخص معنوى عام غير الذى أبرم العقد، تخلف أحد شروط نظرية عمل الأمير وامتنع بذلك تطبيق أحكامها (١) "

---

(١) يراجع حكم المحكمة الادارية العليا الصادر فى ١١ مايو سنة ١٩٦٨ — سبقت الاشارة اليه •

وحكمها الصادر فى ٢٠ مايو سنة ١٩٦١ — سبقت الاشارة اليه •

ومن أحكام مجلس الدولة الفرنسى :

- C.E. 4 mars 1949, Ville de Toulon, Rec. p. 197; 20 octobre 1971, Cie du chemin de fer de Bayonne à Biarritz, Rec. p. 624; 5 novembre 1982, sté Propétrol, Rec. p. 381, J.C.P. 1984. II. 20168, note M. Paillet.

" فنظرية عمل الأمير تفترض صدور اجراء عام أو خاص أو حتى فعل مادى من جانب الادارة المتعاقدة ، وبالتالى لا يمكن وفقا لقضاء مجلس الدولة الحديث أن تثار نظرية عمل الأمير اذا ماكان مرجع الاجراء الضار الى غير جهة الادارة اطلاقا وهى الصورة التقليدية ، أو كان مرجعه الى جهة ادارية غير جهة الادارة المتعاقدة " (١)

واذا كان قلب اقتصاديات العقد والذى يتيح الفرصة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة قد يكون مرجعه الى حوادث استثنائية عامة ـ كالزلازل والحروب ... الخ ـ (٢) وما تؤدى اليه من اضطراب اقتصادى ، فان اختلال اقتصاديات العقد قد يكون مرجعه الى تدخلات جهة الادارة. وبذلك يمكن أن يكون قلب اقتصاديات العقد فى نطاق نظرية الظروف الطارئة ، من طبيعة اقتصادية صرف أو من خلال ظواهر طبيعية أو من خلال تدخلات السلطات العامة. (٣)

---

(١) استاذنا الدكتور الطماوى ، العقود ، المرجع السابق ، ص ٦٦٨.

(٢) يراجع الوسيط فى شرح القانون المدنى للأستاذ الدكتور عبدالرزاق السنهورى المرجع السابق ، ص ٦٤٣.

(٣) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 578 et s.

وانظر فى نفس المعنى :

- B. Sablier, Thèse précitée, p. 160.

حيث يقول :

"Si la théorie de l'imprévision trouve sa plus large application lors de la survenance de crises économiques, il arrive également que les difficultés financièrs rencontrées par les cocontractants proviennent de mesures edictées par les pouvoirs publics".

١ — والفرض النموذجي للمخاطر الاقتصادية الكاملة ماكان راجعاً الى تأثير قانون العرض والطلب على الأسعار ، كارتفاع الأسعار الراجع الى ندرة المنتج ، أو الهبوط الحاد في الايرادات الناجم عن تزاحم المشروعات المنافسة الأكثر توافقاً مع التقدم التقني والفني .

٢ — وقد يكون الظرف الطارىء ناتجا عن اضطراب اقتصادي مرجعه الى حدوث ظواهر طبيعية كالفيضانات والزلازل والجفاف .... الخ .

٣ — وقد يكون الاضطراب الاقتصادي راجعا الى تدخلات السلطات العامة ، حيث أضحى مستحيلا في الوقت الحاضر التمييز بين المخاطر الاقتصادية والادارية ، ذلك التمييز الذي اتضح قصوره وعدم اتساقه مع التطورات الحاصلة في المفاهيم الاقتصادية ، بداية من التطور الذي جاء به نظام الاقتصاد الموجه . ولهذا كان من المنطقي أن يطور مجلس الدولة الفرنسي أحكام نظرية الظروف الطارئة ليواجه هذه الأفكار الجديدة ، ويسمح بتطبيق تلك النظرية اذا ماكان مرجع اختلال اقتصاديات العقد نتيجة اجراءات صادرة من السلطات العامة (١) .

---

(1) - Note M. Paillet, sous C. d'Etat 5 novembre 1982, Sté Propétrol, précité, J.C.P. 1984. II. 20168: "Le développement de l'économie dirigée a en effet clairement manifesté qu'il est souvent impossible de séparer aléa administratif et aléa économique, et c'est très logiquement que la jurisprudence moderne admet que le bouleversement économique du contrat puisse découler de mesures prises par les autorités publique elles-mêmes".

ويشير الأستاذ "Mestre" الى أن من مقتضى هذا التطور في قضاء مجلس الدولة الفرنسي أن يتحمل الشخص العام المتعاقد بتكاليف ناتجة عن اجراءات صادرة من شخص عام آخر .(١)

وقلب اقتصاديات العقد الناجم عن تدخلات السلطات العامة في نطاق نظرية الظروف الطارئة ، يمكن أن يتخذ أشكالا متعددة . فقد يكون الاختلال الذي يصيب العقد ناجما عن اجراء عام ، كالقوانين واللوائح ، ولكنه قد يكون اجراء خاصا صادرا من جهة الادارة(٢) . وفي جميع الاحوال فان قضاء مجلس الدولة الفرنسي قد أقر تطبيق نظرية الظروف الطارئة ــ بطريقة لا تقبل الجدل ــ اذا كان قلب اقتصاديات العقد ناجما عن اجراءات صادرة عن السلطات العامة . ولقد تأكد هذا القضاء ابتداء من حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية " مدينة طولون " الصادر في ٤ مايو سنة ١٩٤٩ ، فيما يتعلق باجراءات الاظلام التي اتخذتها السلطات العسكرية في زمن الحرب ، والتي أدت الى تخفيض ايرادات ملتزم الانارة(٣) .

أيضا في حكمه الصادر في ١٥ يوليو سنة ١٩٤٩ في قضية "Ville d'Elbeuf" طبق مجلس الدولة الفرنسي نظرية الظروف الطارئة ، لاختلال وقلب اقتصاديات العقد الذي كان مرجعه الى صدور تشريعات تتعلق بتنظيم الأسعار(٤) . ثم توالت تطبيقات نظرية الظروف الطارئة في

---

(١) - Note A. Mestre, sous C. d'Etat 15 juillet 1949, Ville d'Elbeuf, S. 1950, 3, 61 et s.

(٢) الدكتورة عزيزة الشريف ، دراسات في نظرية العقد الاداري ، المرجع السابق ص ٢٣٦ و ص ٢٣٧ .

(٣) - C.E. 4 mai 1949, Ville de Toulon, précité.

(٤) - C.E. 15 juillet 1949, Ville d'Elbeuf, précité; D. 1950, 3, J. 60, note Blaevoet.

قضاء مجلس الدولة الفرنسي بمناسبة تدخلات السلطات العامة في مجال الانتاج والاجراءات الصادرة عنها والمؤثرة على النشاط الاقتصادي بوجه عام . (١)

واذا كان حكم "بلدية البيف" هو حكم المبدأ الذي عبر بوضوح عن الموقف الجديد لمجلس الدولة الفرنسي في هذا الشأن ، الا أنه يجب عدم اغفال الخلاف الفقهي في تحديد مدلول بعض العبارات التي جاءت بأحكام مجلس الدولة الفرنسي السابقة على عام ١٩٤٩ ، والمتعلقة بالنتائج المترتبة على الاجراءات التشريعية أو اللائحية والتي قد تؤدي الى قلب اقتصاديات بعض العقود. ذلك أن الصيغة التقليدية التي كثيرا ما استخدمها مجلس الدولة الفرنسي في الحالات التي رفض فيها تعويض المتعاقد من جراء التدابير والاجراءات العامة ، تجري على النحو التالي : " وحيث ان نصوص القانون (أو اللائحة) ذات طابع عام ، وأن النفقات الاضافية التي تكبدها المتعاقد ، انما تحملها طبقا لذات الظروف الخاصة بسائر المواطنين ، ومن ثم فانه لا يستحق عنها تعويضا ، الا اذا

---

(١) من ذلك :

- C.E. 22 février 1963, Ville d'Avignon, Rec. p. 115, R.D.P. 1963-575, note Waline; 30 avril 1965, Commune de Dourdan, Rec. p. 981; C.J.E.G. 1966. J. 176, note Teste; 20 octobre 1971, Cie du chemin de fer de Bayonne à Biarritz, Rec. p. 624, précité; 12 mars 1976, Département des Hautes-Pyrénées c/Société Sofilia, Rec. p. 155, précité; 5 novembre 1982, Société Propétrol, Rec. p. 381, précité.

أدت الى قلب اقتصاديات العقد "(١).

ولقد اختلف الفقهاء في تحديد مدلول هذه العبارة: فالأستاذ " دى لوبادير " يرى أن صياغة الجزء الأول تستبعد تطبيق نظرية عمل الأمير ، وأن الاشارة الى " قلب اقتصاديات العقد" في الجزء الثاني فتعني أن المتعاقد كان في استطاعته الاستناد الى "نظرية الظروف الطارئة " اذا توافرت شروط تطبيقها (٢). أي أن مجلس الدولة الفرنسي يحيل الى نظرية الظروف الطارئة ـ ضمنيا ـ باستخدامه عبارة" قلب اقتصاديات العقد"، وهو مايجعلنا نميل الى القول بأن المجلس أقر تطبيق تلك النظرية فيما

---

(١) "Les dispositions de la loi (ou du règlement) du ... avaient un caractère général et les depenses supplémentaires qu'elles ont pu occasionner au requérant ont été supportées par lui dans les mêmes conditions que par tous les autres commerçants ou industriels, que dans ces conditions elles n'avraient pu ouvrir au requérant un droit à indemnité que si elles avaient eu pour effet de bouleverser l'économie du contrat".

ويراجع في هذا الخصوص : مؤلف استاذنا الدكتور العميد الطماوى ، العقود ، المرجع السابق ص ٥٨٤.

(٢) - A. De Laubadère, T.C.A., 1re éd., t. 3, Op. Cit., p. 39 et s.

وتراجع رسالة الاستاذ الدكتور ثروت بدوى ، نظرية عمل الأمير ، المرجع السابق ، ص ٢٠٧ ومابعدها.

يتعلق بالنتائج المترتبة على تدخلات السلطات العامة حتى قبل أن يعلن ذلك صراحة في حكميه الصادرين عام ١٩٤٩ في قضية " مدينة طولون " وقضية " مدينة البيف " .

الا أن فريقا آخر من الفقهاء لم يجد في عبارة " قلب اقتصاديات العقد " التى استخدمها مجلس الدولة الفرنسي ، خروجا عن نطاق نظرية عمل الأمير في هذه الحالات ، وأن المجلس لم يقصد الاحالة لنظرية الظروف الطارئة. ويرى هذا الفريق من الفقهاء أن الاجراء العام الذى يقتصر أثره على التأثير على ظروف تنفيذ العقد ، بما يجعله اكثر مشقة دون أن يمس الاجراء شروط العقد مباشرة ، لا يتيح للمتعاقد أن يطلب التعويض الكامل عن الضرر الذى أصابه على أساس نظرية عمل الأمير ، الا اذا أدى الى قلب اقتصاديات العقد. في حين أنه في الحالات الأخرى العادية لتطبيق نظرية عمل الأمير ، فان هذا الشرط غير متطلب ، حيث يكفى أن ينال المتعاقد ضرر أيا كانت درجته . (١)

وبالطبع — وكما يلاحظ استاذنا الدكتور العميد الطماوى — فان هذا الخلاف الفقهى لا يقف عند مجرد الاعتبارات النظرية ولكن له أثر عملى هام، لأن الاختلاف في أساس المسئولية يؤدى الى خلاف في مقدار التعويض (٢) .

---

(١) - **Alibert,** note sous C.E. 14 fév. 1936, Ville de Paris, S. 1936. 3. 81;
G. Pequignot, "Les contrats de l'administration", J.C.A., ancien, 1952, Fasc. 511, n°. 368 et s.; Thèse précitée, p. 483.

(٢) العقود ، المرجع السابق ، ص ٥٨٥ .

وما اذا كان تعويضا كاملا اذا ما طبقت نظرية عمل الأمير، أم تعويضا جزئيا فى حالة تطبيق نظرية الظروف الطارئة • وفى الواقع فان هذا الخلاف بين الرأيين وان كان يؤكد حقيقة وجود مجال مشترك بين نظريتى عمل الأمير والظروف الطارئة ، الا أن التفسير الذى ينتهى الى اقرار تطبيق نظرية عمل الأمير مع اشتراط قلب اقتصاديات العقد ، هو تفسير غير منطقى ولا يمكن قبوله • ذلك أن فكرة " قلب اقتصاديات العقد " تعتبر فكرة غريبة وبعيدة كل البعد عن نظرية عمل الأمير • (١)

كما أن مجلس الدولة الفرنسى يشير حقا لنظرية الظروف الطارئة عند اشتراط أن يؤدى الاجراء العام الى قلب اقتصاديات العقد . والدليل على ذلك أن الاشارة لفكرة " قلب اقتصاديات العقد " لم يستخدمها المجلس الا بعد ظهور نظرية الظروف الطارئة فى عام ١٩١٦ • (٢)

ولو كان مجلس الدولة الفرنسى يقصد اضافة شرط جديد للتعويض الكامل بناء على نظرية عمل الأمير ، يتمثل فى ان يصل احتلال العقد لدرجة قلب اقتصادياته رأسا على عقب ، لأعلن ذلك صراحة كما فعل بالنسبة للعقود الجزافية في نطاق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة• هذا بالاضافة الى أن مجلس الدولة الفرنسى لا يقر التعويض الا فى الحالات التى يتأكد فيها من قلب اقتصاديات العقد بطريقة موضوعية ، اذا كان ذلك ناتجا عن

---

(١) - B. Sabilier, Thèse précitée, p. 220.

(٢) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit. pp. 531-532.

القوانين أو اللوائح (١).

كما أن التعويضات الممنوحة في هذه الحالة هي بلا شك تطبيق لنظرية الظروف الطارئة لأنها تعويضات جزئية ولا تغطي جملة التكاليف التي تكبدها المتعاقد على خلاف الأمر فيما لو طبقت نظرية عمل الأمير . (٢)

---

(١) انظر على سبيل المثال من أحكام مجلس الدولة الفرنسي :

- C.E. 13 novembre 1953, Charnit et Collet, A.J.D.A. jur. 1954, p. 66.

ومن أحكامه السابقة على عام ١٩٤٩ :

فيما يتعلق بالنتائج المترتبة على القانون الصادر في ٢٣ إبريل سنة ١٩١٩ والذي حدد المدة القصوى لساعات العمل اليومية بثمانية ساعات عمل فقط :

- C.E. 28 juin 1922, Société Ducellier, Rec. p. 557; 6 décembre 1929, Sté. de construction et d'entretien, Rec. p. 1090.

وفيما يتعلق بالآثار المترتبة على صدور القوانين الخاصة بالتأمينات الاجتماعية سنة ١٩٢٨ و سنة ١٩٣٠ :

- C.E. 23 déc. 1941, Hospices des Vannes, Rec. p. 244.

(٢) - B. Sabilier, Thèse précitée, p. 221: "... l'indemnité accordée dans ce cas est bien une indemnité d'imprévision, puisque le montant ne couvre pas l'intégralité des charges supportées comme ce serait le cas pour le fait du prince".

وانظر في نفس المعنى : رسالة الدكتور علي الفحام ، سلطة الادارة في تعديل العقد الاداري ، المرجع السابق ، ص ٢٦١ ومابعدها .

واذا كانت محكمة القضاء الادارى المصرية فى حكمها الصادر فى ٢ يونيه سنة ١٩٥٣ (١) ، قد أخذت بالمفهوم الكلاسيكى للتمييز بين المخاطر الاقتصادية والمخاطر الادارية ، واذا كان هذا المفهوم قد وجد صدى لدى قلة من الفقهاء المصريين (٢) ، الا أن ذلك لا يعبر عن الاتجاه السائد فى الفقه والقضاء المصرى (٣) .

وبداية نقرر أنه اذا كانت نظرية الظروف الطارئة أصبحت مقررة فى مصر بناء على نص تشريعى سواء فى ذلك المادة السادسة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ فيما يتعلق بعقد الالتزام ، أو المادة ١٤٧ من القانون المدنى المصرى الجديد والذى نقل النظرية الى مجال عقود القانون الخاص، فان هذه النصوص التشريعية لم تتطلب أن يكون الظرف الطارىء من طبيعة اقتصادية . وهو ما أكدته محكمة النقض المصرية فى حكمها الصادر فى ١٨ فبراير سنة ١٩٦٥ (٤) حيث قضت بأن " قانون الاصلاح الزراعى رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ يعتبر ــ على ماجرى به قضاء محكمة النقض ــ حادثا استثنائيا عاما فى مدلول الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدنى . ذلك أن الشروط التى يتطلبها القانون فى الحادث الطارىء قد توافرت فى قانون الاصلاح الزراعى سالف الذكر، فهو بحكم كونه قانونا يعتبر حادثا استثنائيا عاما لم يكن فى الوسع توقعه ولا ممكنا دفعه، ولا يغير من اعتباره كذلك كونه

---

(١) سبقت الاشارة اليه .

(٢) الدكتور توفيق شحاته ، التزام المرفق العام ، المرجع السابق ، ص ١٦٩ .

(٣) لمزيد من التفاصيل تراجع ، رسالة الأستاذ الدكتور عبدالحميد حشيش ، المرجع السابق ص ١٥١ .

(٤) م نقض م ــ السنة ١٦ ــ ص ١٩١ . وبنفس المعنى حكمها الصادر فى ٣ يناير سنة ١٩٦٣ ؛
م نقض م ــ السنة ١٤ ــ ص ٣٧ . وأيضا حكمها الصادر فى ٥ مايو سنة ١٩٧٠ ــ م نقض م ــ السنة ٢١ ــ ص ٧٨٧ .

تشريعا لأن نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ مدنى قد أطلق فى التعبير عن الحادث فلم يقيده بأن يكون عملا أو واقعة مادية". وذات الاتجاه التزمه مجلس الدولة المصرى فى العديد من أحكامه وفتاويه . من ذلك فتوى قسم الرأى مجتمعا والصادره فى ١٧ يوليو سنة ١٩٥٤ (١) ، حيث يقول المجلس : " يعتبر قرار مجلس الوزراء الصادر بتخفيض قيمة الجنيه المصرى بالنسبة الى الدولار حادثا استثنائيا عاما فى حكم المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى .. ".

وفى حكمها الصادر فى ١١ مايو سنة ١٩٦٨ (٢) تقول المحكمة الادارية العليا " ان تدخل القضاء الادارى لتحقيق التوازن المالى للعقد الادارى

---

(١) مجموعة المبادىء القانونية التى قررتها الجمعية العمومية للقسم الاستشارى بمجلس الدولة فى خمسة عشر عاما ١٩٦١/٤٦م - الأستاذ أحمد سمير أبوشادى، ص ٧٥٩.

(٢) سبقت الاشارة اليه .

ومن أحكام المحكمة الادارية العليا الحديثة التى أشارت الى اتساع نطاق الظرف الطارىء والى امكانية أن يكون الفعل المكون للظرف الطارىء طبيعيا أو اقتصاديا أو اداريا :

حكمها الصادر فى ١٨ ديسمبر سنة ١٩٨٤ فى الطعن رقم ١٢٢٣ لسنة ٢٧ ق - سبقت الاشارة اليه . حيث تقول المحكمة : " ان مجال اعمال نظرية الظروف الطارئة أن تطرأ خلال تنفيذ العقد الادارى حوادث أو ظروفا طبيعية أو اقتصادية سواء من عمل الجهة الادارية المتعاقدة أو من غيرها ... ".

وأيضا حكمها الصادر فى ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٨٥ فى الطعن رقم ٢٥٤١ لسنة ٢٩ ق - غير منشور وقد سبقت الاشارة اليه .

ولقد جاء به : " يشترط لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة عدة شروط اولها : أن تظهر خلال تنفيذ العقد الادارى حوادث أو ظروف استثنائية طبيعية كانت أو اقتصادية أو ادارية ... ".

تطبيقا لنظرية فعل الأمير مناطه توافر شروط هذه النظرية ، ومن بينها شـــرط أن يكون الفعل الضار صادرا من جهة الادارة المتعاقدة ، فاذا ماصدر هذا الفعل عن شخص معنوى عام غير الذى أبرم العقد تخلف أحد شروط نظرية فعل الأمير، وامتنع بذلك تطبيق أحكامها ، ولكن ذلك الامتناع لا يحول دون تطبيق نظريـــة الحوادث الطارئة اذا ماتوافرت شروطها " .

ولقد التزم الفقه المصرى ذات الاتجاه السائد فى أحكام القضاء المصـــرى . فالأستاذ الدكتور سليمان الطماوى يؤكد على أنه " اذا كان صحيحا أن تطبيـــق نظرية الظروف الطارئة يقتضى اختلالا جسيما فى اقتصاديات العقد ... فـــان هذا الاختلال قد يرجع الى أسباب متعددة اقتصادية أو طبيعية أو من فعـــل الادارة.. " (١)

ويشير الأستاذ الدكتور عبدالرزاق السنهورى الى بعض أمثلة للحـــوادث الاستثنائية العامة حيث يمكن أن تكون زلزالا أو حربا ، أو اضرابا مفاجئـــا ، أو قيام تسعيرة رسمية أو الغاؤها ، أو ارتفاعا باهظا فى الأسعار، أو نـــزولا فاحشا فيها ، أو استيلاء اداريا ، أو وباء منتشرا . (٢)

---

(١) مؤلف سيادته فى العقود ، المرجع السابق ، ص ٦١٢ . وفى نفـــس المعنى :
الأستاذ الدكتور أنور رسلان ، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعـــة ، المرجع السابق ص ٢٠ .
الدكتور محمد سعيد أمين ، الأسس العامة لالتزامات وحقوق المتعاقد مع الادارة ، المرجع السابق ص ٦٢١ .
الدكتورة عزيزة الشريف ، نظرية العقد الادارى ، المرجع السابـــق ، ص ٢٣٦ و ص ٢٣٧ .
الأستاذ الدكتور عبدالحميد حشيش ، نظرية الظروف الطارئة ، المرجع السابق ص ١٥٤ .

(٢) الأستاذ الدكتورعبدالرزاق السنهورى ، الوسيط ، المرجع السابـــق ، ص ٦٤٣ ومابعدها .

واذا كانت نظرية الظروف الطارئة يمكن الاستناد اليها سواء أكان الظـرف الطارىء من طبيعة اقتصادية أو من طبيعة ادارية ، فان ذلك يثير مشكلـة البحث عن معيار للتفرقة بين المخاطر التى تتيح الفرصة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة وتلك التي يمكن بناء عليها تطبيق نظرية عمل الأمير .(١)

وبعبارة أخرى ، هل يجب التفرقة بين الاجراءات الصادرة عن السلطات العامة بحسـب ما اذا كان الاجراء صادرا عن الجهة الادارية المتعاقدة أو كـان صادرا عن جهة ادارية أخرى غير جهة الادارة المتعاقدة ، وبحيث تطبق نظرية عمل الأمير على الفرض الأول ولا تطبق نظرية الظروف الطارئة الا على الفـرض الثاني .

فى الواقع فان هذا التساؤل يوحي بوجود مجال محدد للظروف الطارئة وآخر محدد لنظرية عمل الأمير في نطاق الاجراءات الصادرة عن السلطـات العامة . وهو أمر ان صح بالنسبة لنظرية عمل الأمير ــ حيث لا يمكـن وفقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسي والمصرى أن تطبق تلك النظرية الا اذا كان العمل الضار صادرا من جهة الادارة المتعاقدة(٢) ــ فان الأمر يحتاج الـى

---

(١) الاستاذ الدكتور عبدالحميد حشيش ، نظرية الظروف الطارئـة ، المرجع السابق ص ١٠٥٦ ومابعدها .

(٢) على سبيل المثال :

- C.E. 5 nov. 1982, Soc. Propétrol, précité.

ولقد جاء فى تقرير مفوض الحكومة "D. Labetoulle" أمـام مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الحكم والمنشور فى A.J.D.A. سنة ١٩٨٣ ، ص ٢٥٩ :

"La théorie du fait du prince ne couvre que les conséquences des mesures prises par la personne publique cocontractante".

شيء من التفصيل بالنسبة لنظرية الظروف الطارئة :

في حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية "Ville d'Elbeuf" وردت بعض العبارات التى قد توحي بأنه يشترط في الظرف الذى أدى الى قلب اقتصاديات العقد والذى تتسبب الادارة في احداثه ، أن يكون من عمل جهة ادارية غير جهة الادارة المتعاقدة.(١) وهو ماقد توحي به أيضا صياغة بعض أحكام المحكمة الادارية العليا في مصر . من ذلك حكمها الصادر في ١١ مايو سنة ١٩٦٨ والذى أجملت فيه المحكمة شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة، قائلة : " ان تطبيق نظرية الحوادث الطارئة في الفقه والقضاء الادارى رهين بأن تطرأ خلال تنفيذ العقد الادارى حوادث أو ظروفا طبيعية كانت أواقتصادية أو من عمل جهة ادارية غير الجهة الادارية المتعاقدة أو من عمل انسان اخر...(٢) "

= ومن أحكام المحكمة الادارية العليا : حكمها الصادر في ١١ مايو سنة ١٩٦٨ ـ سبقت الاشارة اليه ـ " ان تدخل القضاء الادارى لتحقيق التوازن المالي للعقد الادارى تطبيقا لنظرية فعل الأمير مناطه توافر شروط هذه النظرية، ومن بينها شرط أن يكون الفعل الضار صادرا من جهة الادارة المتعاقدة ......".

(١) - C.E. 15 juillet 1949, Ville d'Elbeuf, Rec. p. 358, précité: "Le fait que le bouleversement d'un contrat de concession ne serait pas imputable aux agissements du concédant et serait dû à des circonstances indépendantes de la volonté des parties non seulement n'a pas pour effet de rendre irrecevable une demande d'indemnité pour charges extra-contractuelles, mais encore est la condition de la recevabilité d'une telle demande".

(٢) سبقت الاشارة اليه .

وفي الواقع فان هذا المفهوم لا يعكس الاتجاه الحقيقي في قضاء مجلس الدولة الفرنسي والمصري على السواء ، فالأستاذ الدكتور الطماوي يرى — وبحق — أن مجلس الدولة الفرنسي" يطبق نظرية الظروف الطارئة سواء أكان مرجع الظرف الطارئ، الى عمل جهة الادارة المتعاقدة أو غيرها . وأن اشتراط نسبة العمل الضار الى جهة الادارة المتعاقدة هو شرط لتطبيق نظرية عمل الأمير. أما في نطاق نظرية الظروف الطارئة — فيما يتعلق بالأعمال المنسوبة الى الادارة — فان مجال النظريتين واحد " .(١)

ويمكن القول هنا بأنه لا توجد تفرقة بين مجال محدد للظروف الطارئة ومجال اخر لنظرية عمل الأمير في نطاق الاجراءات الصادرة من جهة الادارة المتعاقدة .(٢) فعندما يكون الفعل الذي سبب الضرر صادرا عن ذات الادارة التي أبرمت العقد ، فان من مصلحة المتعاقد بطبيعة الحال أن يطلب التعويض استنادا الى نظرية عمل الأمير ، الأكثر نفعا وفائدة له من نظرية الظروف الطارئة ، بالنظر الى قاعدة التعويض الكامل المترتبة على تطبيق النظرية الأولى، على خلاف التعويض استنادا الى النظرية الثانية حيث يكون جزئيا . هذا بالاضافة الى أن الظروف الطارئة لا يعوض عنها الا اذا أدت الى قلب اقتصاديات العقد ، في حين أن عمل الأمير يمكن التعويض عنه مهما كانت درجة الضرر.

---

(١) العقود ، المرجع السابق ، ص ٦٦٩.
وانظر في نفس المعنى : رسالة الدكتور محمد سعيد أمين ، المرجع السابق ، ص ٦٢٢ .

(٢) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., pp. 582-592.

أما اذا كان الاجراء الذى سبب الضرر صادرا عن سلطة أخرى غير تلك التي أبرمت العقد، فان المتعاقد لا يستطيع الاستناد لنظرية عمل الأمير لتخلف شروطها ، ويمكنه فقط الاستفادة من تطبيق نظرية الظروف الطارئة اذا توافرت شروط تطبيقها بطبيعة الحال .(١)

وعلى ذلك فانه في مجال الاجراءات الصادرة من الادارة المتعاقدة فان النظريتين يمكن أن يستند اليهما على التوالي : فاذا كانت شروط تطبيق نظرية عمل الأمير غير متحققة ، فان المتعاقد يمكنه الاستناد الى نظرية الظروف الطارئة التي قد تجد مجالا للتطبيق اذا توافرت بقية الشروط. أما اذا توافرت شروط تطبيق نظرية عمل الأمير فلا يثار موضوع الالتجاء الى نظرية الظروف الطارئة .(٢)

---

(١) - **J. Dufau,** Les concessions de service public, éd. du Moniteur, Op. Cit., p. 104.

(٢) - **C. Galiay,** Thèse précitée, p. 295: "La théorie de l'imprévision est également susceptible de s'appliquer lors que la mesure est le fait de la personne publique contractante si les conditions d'application de la théorie du fait du prince ne sont pas réunies".

وانظر عكس ذلك :

- **G. Péquignot,** J.C.A., ancien, Fasc. 511, Op. cit., n°. 446,

وتأسيسا على ماتقدم فان ما يذهب اليه بعض الفقهاء [1]، من اشتـــراط كون الظرف الطارىء مستقلا عن ارادة كل من طرفي العقد ــ الادارة والمتعاقـد معها ــ أصبح لا يتفق على اطلاقه مع التطور الذى لحق بشروط تطبيق نظريـة الظروف الطارئة • فاذا كان الظرف الطارىء يجب أن يكون مستقلا عـــن ارادة المتعاقد ، فانه قد يكون من عمل الادارة فى بعض الفروض [2] •

---

(١) - G. Jèze, Contrats, 2e partie, Op. Cit., p. 497: "Il faut qu'on se trouve en présence d'un événement tout à fait indépendant de la volonté des parties contractantes; en particulier de la volonté de l'administration....".

وفى نفس المعنى :

- G. Pequignot, J.C.A., ancien, Fasc. 511, Op. Cit., n°. 445 et s.; Montmerle, "Passation et exécution des marchés de T.P.", Op. Cit. p. 186; F. El Attar, "Le marché de travaux publics, étude comparée de droit administratif français et égyptien", Thèse, Paris, 1953, pp. 443-478.

- الاستاذ الدكتور محمود حلمي، العقد الاداري ، المرجع السابق ص ١٢٧ •

(٢) الاستاذ الدكتور سليمان الطماوى ، العقود ، المرجع السابق ، ص٦١٩ ومابعدها •• وفى نفس المعنى :

الأستاذ الدكتور عبدالحميد حشيش ، الظروف الطارئة ، المرجـــع السابق ص ٢٠٦ ومابعدها •

الاستاذ الدكتور ثروت بدوى ، نظرية عمل الأمير ، المرجع السابـــق ص ١٨٠ ومابعدها •

مطول الأستاذ " دى لوبادير " فى العقود ، الطبعة الأولى، الجزء الثالث ، المرجع السابق ص ١٠٣ ومابعدها •

والطبعة الثانية ، الجزء الثانى ، المرجع السابق ، ص ٥٩١ ومابعدها •

والقول بغير ذلك فيه تناقض واضح : فكيف يمكن تصور أن المتعاقـــــد لا يستطيع الاستناد الى نظرية الظروف الطارئة عندما تكون الادارة المتعاقـــدة مسئولة عن قلب اقتصاديات العقد في حين أنه يستطيع الاستناد لتلك النظريـــة عندما يكون الظرف مستقلا عن الادارة . بل ان الأمر لا يمكن أن يتفق مـــع الفلسفة التي من أجلها خلق مجلس الدولة الفرنسي النظريات التي تواجه عوائــق تنفيذ العقد ، وبصفة خاصة عندما يكون الاجراء الذي سبب الضرر منسوبـــا لجهة الادارة المتعاقدة ، فهل يترك المتعاقد وشأنه في حالة عدم توافر هـــذا الشرط أو ذاك من شروط تطبيق نظرية عمل الأمير ؟ .

ولهذا فان مجلس الدولة الفرنسي عندما واتتـــه الفرصة ، أعلن بكـــل وضوح امكانية الاستناد لنظرية الظروف الطارئة حتى ولو كان الفعل الذي سبب الضرر راجعا لجهة الادارة المتعاقدة وتوافرت باقي الشروط بطبيعة الحال . (١)

ومن أوائل أحكام مجلس الدولة الفرنسي التي يستشف منها هذا الاتجـاه في قضاء المجلس حكمه الصادر في قضية "Sté l'Energie industrielle" (٢) ، وأيضا حكمه الصادر في قضية "Min T.P. contre E.D.F." (٣)

---

(١) - S. Badaoui, Thèse précitée, p. 216: "En réalité, d'après la jurisprudence, la théorie de l'imprévision peut s'appliquer dans tous les cas de bouleversement de l'économie du contrat à la suite d'une mesure d'ordre général, que la mesure soit prise par l'autorité contractante ou par une autre".

وتراجع أحكام مجلس الدولة الفرنسي التي أشار اليها الأستاذ الدكتـور ثروت بدوي ص ٢١٦ هامش ٥ ، ٦ .

(٢) - C.E. 8 décembre 1944, Sté l'Energie industrielle, R.D.P. 1946, p. 317, Concl. Detton, note Jèze.

(٣) - C.E. 2 mars 1949, Ministre des Travaux Publics c/E.D.F., D. 1953, p. 309.

في هذين الحكمين والمتعلقين بالأوامر الصادرة من الادارة للملتزم في عقد التزام بنقل أعمدة الكهرباء ، فان هذه الاجراءات الصادرة من ذات الادارة التي أبرمت العقد هي التي أدت الى النفقات الزائدة التي تكبدها المتعاقد، وكان طبقا للمجرى العادي للأمور أن تطبق نظرية عمل الأمير بما يترتب عليها من تعويض كامل . ولكن تطبيق تلك النظرية كان متعذرا في ذات الوقت بناء على لائحة الادارة العامة الصادرة في ٢٨ يوليو سنة ١٩٢٧ ، وأيضا بناء على شرط وارد بكراسة الشروط لعقد التزام الطاقة الكهربائية ، والذي بمقتضاه لم يكن بامكان الملتزم أن يطلب أي تعويض من جراء " تغيير محل أو تعديل المشروعات المقامة بمعرفته في الطرق العامة ، اذا كانت هذه التعديلات بناء على طلب السلطة المختصه لدواعي الأمن العام أو لمصلحة الطرق " فاذا كان التعويض الكامل على أساس نظرية الأمير قد استبعد بناء على هذه النصوص ،

فهل من المستساغ عدم امكانية الاستناد لنظرية الظروف الطارئة بحجة أن قلب اقتصاديات العقد يرجع الى فعل الادارة المتعاقدة ؟

يرى الأستاذ " دي لوبادير " أن ذلك غير مقبول وأن مجلس الدولة الفرنسي في هذين الحكمين قد قدر أن النفقات التي تكبدها المتعاقد لم يكن في الامكان توقعها وأن تدخل جهة الادارة المتعاقدة قد أخل بالتوازن التعاقدي ولهذا فمن حق المتعاقد أن يطلب من السلطة مانحة الالتزام تعويضه عما أصابه من أضرار أدت الى قلب اقتصاديات العقد.(١)

- A. De Laubadère, T.C.A., 1e éd., t. 3, Op. cit., p. 104. (1)

الا أن الفقيه " جيز " فى تعليقه على حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر فى قضية "Sté l'Energie industrielle" (١) أبدى دهشته البالغة من التمسك بنظرية الظروف الطارئة فى هذا الخصوص . وبالطبع فان ذلك يتمشى منطقيا مع المنهج الفلسفي الذى انتهجه الفقيه الكبير ، والذي يعبر عن المفهوم الكلاسيكي للفصل بين المخاطر الادارية والاقتصادية . ذلك المفهوم الذي انتقده الأستاذ "دى لوبادير " والذى يرى ــ وبحق ــ ان استقلال الظرف الطارىء عن ارادة أطراف العقد غير متطلب الا فى مواجهة المتعاقد مع الادارة فقط . (٢)

---

(١) وقد جاء بتعليق الفقيه " جيز " على الحكم المشار اليه والمنشور فى مجلة القانون العام سنة ١٩٤٦ ، ص ٣١٦ قوله :

"Est-ce là une application de la théorie de l'imprévision?. La négative est certaine. La situation de fait est différente. Dans la théorie de l'imprévision, il s'agit d'événements économiques d'où resulte un préjudice. Ice c'est un fait de l'administration".

(٢) مما له دلالته فى هذا الخصوص أن كتب الفقه اصبحت تستخدم عبارة :

"independant de la volonté de l'exécutant".

وذلك بدلاً من عبارة :

"independant de la volonté des parties contractantes".

واذا كان هناك خلافا فى الفقه حول المدلول الحقيقى لحكمى مجلس الدولة الفرنسي في قضيتي **Min. T.P.c/E.D.F.; Sté l'Energie industrielle** وما اذا كان يستشف منها الاتجاه الجديد للمجلس من عدم تطلب أن يكون الظرف الذى أدى الى قلب اقتصاديات العقد مستقلا عن ارادة الادارة المتعاقدة (١)، الا أن مجلس الدولة الفرنسي أصدر حكماً بالغ الدلالة على هذا الاتجاه ومؤكداً له ، وذلك فى ٢ مارس سنة ١٩٧٧ فى قضية **"Sté Leflon et cie et Hoeltgen"** (٢) ويتعلق بعقد توريد أبرم مع وزارة الدفاع الوطني

(١) - **B. Sabilier,** Thèse précitée, p. 169 et s.

حيث يرى " أن الشرط المتعلق بكون الظرف الطارئ مستقلا عن ارادة طرفى العقد ، ليس متفقا عليه فى الفقه وأن حكمى مجلس الدولة الفرنسى الذين استخلص منهما الأستاذ " دى لوبادير " الاتجاه الجديد للمجلس والمتعلقين بنقل أعمدة الطاقة الكهربائية فى مجال عقد الالتزام ليسا تطبيقا أكيدا لنظرية الظروف الطارئة . وأنه باستعراض الحكمين المشار اليهما ، فان الفعل المنسوب للادارة المتعاقدة والذى سبب الضرر كان يجب أن يكون محلا لتطبيق نظرية عمل الأمير لو لم يكن ذلك مستحيلا بناء على النصوص الخاصة وبعض النصوص الواردة بكراسة الاشتراطات لعقد التزام الطاقة الكهربائية . ثم يستشهد بحكم مجلس الدولة الفرنسى فى قضية " مدينة البيف " وينتهى الى أن مجلس الدولة الفرنسى، يتطلب فى الظرف الطارئ، أن يكون أجنبيا عن ارادة أطراف العقد ومشيرا الى ملاحظات الفقيه " جيز " على حكم مجلس الدولة الفرنسى السابق الاشارة اليها ، والمنشورة بمجلة القانون العام سنة ١٩٤٦ ص ٣٦٦.

وانظر عكس ذلك : رسالة الأستاذ الدكتور عبدالحميد حشيش، المرجع السابق ص ٢٠٦ ومابعدها.

(٢) مجموعة ليبون ، ص ٨٩٠.

حيث طالب المورد بتعويضه عن النفقات التي تكبدها من جراء تخفيض قيمة الفرنك في أغسطس ١٩٦٩ والذى قررته السلطة المتعاقدة ، طالب المورد بتطبيق نظرية عمل الأمير الا أن طلب التعويض استنادا لتلك النظرية قد رفض حيث أن المتعاقد لا يوجد في موقف مختلف عن باقي الافراد وتعرض الحكم للفرض الثاني للتعويض بناء على نظرية الظروف الطارئة .

ولكن بالنظر الى أن النفقات الاضافية التي تكبدها المتعاقد لم يكن لها خصيصة قلب اقتصاديات العقد بدرجة كافية لمنح التعويض ، فقد رفض طلب التعويض على هذا الأساس أيضا .

هذا – وكما يلاحظ الأستاذ " دى لوبادير " وبحق – فانه اذا كانت نظرية الظروف الطارئة لم تجد محلا للتطبيق في هذه القضية ، فان ذلك يرجع فقط لعدم توفر الشرط الخاص بقلب اقتصاديات العقد ، وليس بسبب شرط استقلال الظرف الطارىء عن الادارة المتعاقدة ، والذى لم يذكر بأى طريقة كانت في الحكم . (١)

وهذا يدل على وحدة مجال التطبيق بين نظريتي عمل الأمير والظروف الطارئة فيما يتعلق بالأعمال المنسوبة لجهة الادارة ، فقد يكون مصدر الظرف الطارىء فعل جهة الادارة المتعاقدة وهو شرط يجب تحققه في نظرية عمل الأمير . فنظرية الظروف الطارئة هي التي يمكن فقط أن تطبق اذا كان الفعل الضار صادرا عن جهة ادارية غير تلك التي أبرمت العقد ، أما اذا كان الفعل صادرا من ذات الادارة المتعاقدة فيمكن أن يكون هناك مجالا لتطبيق أى من النظريتين وفقا لظروف الحال .

---

(١) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 593.

وتوافر شروط أي منها . (١)

ويشير الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي الى أن القضاء الاداري المصري قد أخذ بذات المسلك . الا أنه بمراجعة بعض الأحكام الصادرة عن محكمة القضاء الاداري والمحكمة الادارية العليا في هذا الشأن ، يمكن القول أن بعضها قد أهمل التطور الجديد في قضاء مجلس الدولة الفرنسي الذي نحن بصدده ، كما أن البعض الآخر قد صيغت عباراته بصورة تؤكد اقرار مجلس الدولة المصري لهذا التطور في أحكام نظرية الظروف الطارئة ، فمن أحكام محكمة القضاء الاداري ، حكمها الصادر في ٣٠ يونيه سنة ١٩٥٧ (٢) والذي

---

(١) انظر في هذا المعنى :

الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي ، العقود ، المرجع السابق ص ٦٦٩ .

وعكس ذلك :

الأستاذ الدكتور محمود حلمي ، العقد الاداري ، المرجع السابق ، ص ١٢٧

حيث يرى أن من بين شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة أن " تكون الظروف الطارئة أجنبية عن طرفي العقد : فاذا كان اختلال التوازن المالي للعقد نتيجة لعمل أو لتقصير من جانب المتعاقد مع الادارة ، فانه يتحمل وحده نتيجة عمله . واذا كان نتيجة لعمل الادارة المتعاقدة او لتقصيرها فتطبق نظرية عمل الأمير أو نظرية المسئولية التقصيرية اذا كان الضرر نتيجة لخطأ . أما اذا كان اختلال التوازن المالي للعقد نتيجة اجراءات عامة تتخذها سلطة عامة غير الجهة الادارية المتعاقدة ، فيطبق بشأنها نظرية الظروف الطارئة ".

(٢) سبقت الاشارة اليه .

واذا كان هذا الحكم قد اغفل التطور الجديد لمجلس الدولة الفرنسي ولم يشر الى امكانية أن يكون مصدر الظرف الطارىء من عمل الادارة ، الا أن محكمة القضاء الاداري في حكم لها سابق على هذا الحكم صادر في ٥ مايو سنة ١٩٥٣ — سبقت الاشارة اليه — وبخصوص عقد أشغال عامة أقرت هذا التطور في قضاء مجلس الدولة الفرنسي حيث قررت المحكمة أن صدور أمر عسكري بفرض اعانة غلاء معيشة للعمال أثناء الحرب بنسبة معقولة " لا تخرج عن حد المعقول وتدخل ضمن =

تولت فيه تفصيل أحكام النظرية ومقارنتها بالنظريات الأخرى ، يبدو أن المحكمة قد أخذت بالمفهوم الكلاسيكي حيث تقول "..أما فى نظرية الظروف الطارئة فانه بالرغم من أن الضرر الذى يقع يرجع الى سبب غريب من جهة الادارة وغالبا مايكون حادثا أو ظرفا اقتصاديا ... " .

وفى موضع آخر تقول المحكمة " يجب لاستحقاق المتعاقد مع جهة الادارة هذا التعويض عن الأعباء الخارجة عن العقد توافر شروط ثلاثة هى: (أولا) أن يكون الحادث أو الظرف أجنبيا عن المتعاقدين أى مستقلا عن ارادتهما ولا دخل لهذه الارادة فى وقوعه ... " .

ومن جهة أخرى فان قسم الرأى مجتمعا فى فتواه الصادرة فى ١٧ يوليو سنة ١٩٥٤ (١) قد أقر التطور الجديد لمجلس الدولة الفرنسى ، حيث اعتبر " قرار مجلس الوزراء الصادر بتخفيض قيمة الجنيه المصرى بالنسبة للدولار حادثا استثنائيا عاما فى حكم المادة ١٤٧ / ٢ من القانون المدنى " .

واذا استعرضنا الأحكام الصادرة من المحكمة الادارية العليا فى خصوص نظرية الظروف الطارئة نجد أنها لم تلتزم صيغة موحدة عند التعرض لطبيعة

= حسن تقدير المقاول الحريص الذى يزن الأمور ويقدر نتائجها ، ومن ثم فانها لا تعتبر من قبيل الظروف الطارئة " . واذا كانت المحكمة قد رفضت تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، فان ذلك يرجع الى تخلف شرط عدم التوقع والى عدم تجاوز الاعانة المفروضة للحدود والنسب المعقولة : (يراجع فى هذا الشأن : رسالة الأستاذ الدكتور عبدالحميد حشيش ، الظروف الطارئة ، المرجع السابق ، ص ٢٠٧ ومابعدها) .

(١) مجموعة الأستاذ أحمد سمير أبوشادى ، ص ٧٥٩ ـ سبقت الاشارة اليها .

الظرف الطارىء ٠

فمن هذه الأحكام ماذكر صراحة أن " تطبيق نظرية الحوادث الطارئة في الفقه والقضاء الاداري رهين بأن تطرأ خلال تنفيذ العقد الاداري حوادث أو ظروفا طبيعية كانت أو اقتصادية أو من عمل جهة ادارية غير الجهة الادارية المتعاقدة". (١) وهذه الصيغة وان كانت تؤكد على أن مصدر الظرف الطارىء قد يكون راجعا الى أسباب اقتصادية أو طبيعية أو ادارية الا أنها قصرت تطبيق النظرية في حالة تدخلات جهة الادارة على التدخلات الصادرة من جهة ادارية غير تلك التي أبرمت العقد ٠

الا أن المحكمة الادارية العليا في حكمها الصادر في ١٨ ديسمبر سنة ١٩٨٤ (٢) ، استخدمت صيغة تعبر عن فهم عميق لاحكام نظرية الظروف الطارئة وفقا لأحدث التطورات التي انتهجها مجلس الدولة الفرنسي في قضائه الحديث.وقد جاء بهذا الحكم أن " مجال إعمال نظرية الظروف الطارئة أن تطرأ خلال تنفيذ العقد الاداري حوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية سواء من عمل الجهة الادارية المتعاقدة أو من غيرها ٠٠"

---

(١) على سبيل المثال :

حكم المحكمة الادارية العليا الصادر في ١١ مايو سنة ١٩٦٨ ، سبقت الاشارة اليه ٠

وأيضا ، حكمها الصادر في ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٨٢ في الطعنين رقمي ٨٤٣ ، ٩٢٢ لسنة ٢٦ ق ، سبقت الاشارة اليه ٠

(٢) الطعن رقم ١٢٢٣ لسنة ٢٧ ق ، سبقت الاشارة اليه ٠

فالعبارات التى استخدمتها المحكمة تقطع بصورة لا تقبل الجدل أن قلب اقتصاديات العقد من جراء تدخلات الجهة الادارية سواء الجهة الادارية المتعاقدة أو غيرها يمكن أن تتيح الفرصة لتطبق نظرية الظروف الطارئة. وعلى الرغم من ذلك فلقد عادت المحكمة مرة أخرى لترديد الصيغة الأولى وذلك فى حكمها الصادر فى ١٦ مايو سنة ١٩٨٧. (١)

ومن جهة أخرى ، فانه اذا كانت نظرية الظروف الطارئة قد خضعت للعديد من التطورات فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى ، فان أهم تطور ــ فى رأينا ــ هو ذلك الذى لحق بمصدر الفعل الذى يتحقق به الظرف الطارىء. وأكثر تحديدا فان الظرف الطارىء اذا كان يجب أن يكون مستقلا عن ارادة المتعاقد فانه قد يكون من عمل الادارة سواء فى ذلك الادارة المتعاقدة أو غيرها . واذا كان المفهوم الكلاسيكى قد سيطر على فكر المشرع المصرى عندما سلم لأول مرة بتطبيق نظرية الظروف الطارئة ــ على الأقل بالنسبة لعقد الالتزام ــ وذلك بصدور القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧، حيث تنص المادة السادسة من هذا القانون على أنه " اذا طرأت ظروف لم يكن من المستطاع توقعها ، ولا يد لمانح الالتزام أو الملتزم فيها .." فهذه الصياغة أصبحت لا تتفق مع التطور الذى أدخل على هذه النظرية، ويجدر بالمشرع أن يتدخل لتعديل ذلك النص رفعا لأى لبس قد يؤثر

---

(١) حكم المحكمة الادارية العليا فى الطعن رقم ٣٥٦٢ لسنة ٢٩ ق ــ غير منشور ــ سبقت الاشارة اليه .
وقد جاء به " يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن تطرأ خلال مدة تنفيذ العقد الادارى حوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية او ظروف من عمل جهة ادارية غير الجهة الادارية المتعاقدة ... " .

بشكل أو بآخر على صياغة بعض أحكام القضاء، وحتى يتمشى النص التشريعي مع التطور الذى لحق بالنظرية • [1]

---

(١) مما هو جدير بالذكر أن نص المادة السادسة من ق رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ لم يكن مانعا أمام القضاء المصرى للأخذ بالتطور الذى أدخله مجلس الدولة الفرنسى على أحكام نظرية الظروف الطارئة فيما يتعلق بمصدر الفعل الذى تتحقق به المسئولية • ولقد عرضنا لعدد من الأحكام الصادرة عن محكمة القضاء الادارى المصرية والمحكمة الادارية العليا التى أخذت بما انتهجه قضاء مجلس الدولة الفرنسى الحديث •

يراجع فى هذا الشأن : رسالة الأستاذ الدكتور عبدالحميد حشيش ، الظروف الطارئة ، المرجع السابق ص ٢٠٨ ومابعدها •

المطلـــب الثانـــــى

المخاطر الطبيعية والتمييز بين نظريـة الصعوبات المادية غيـــــر المتوقعة ونظريــة الظروف الطارئـــــــة

بداية نقرر أنه لا صعوبة على الاطلاق لتمييز الفعل الذى تتحقق بـــه المسئولية فى نطاق كل من نظريتى عمل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعــة. فاذا كانت نظرية عمل الأمير تفترض صدور اجراء عام أو خاص أو حتى فعل مـادى، من جانب الادارة المتعاقدة ، بحيث لا يمكن وفقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسى والمصرى أن تثار تلك النظرية اذا ماكان مرجع الاجراء الضار الى غير جهـــة الادارة المتعاقدة (١)؛ فانه على النقيض من ذلك ، فان نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة تفترض أن تكون الصعوبات خارجة عن ارادة المتعاقدين سواء فـى ذلك الادارة أو المتعاقد معها . أما اذا كانت الصعوبات التى اعترضت تنفيذ العقد ناجمة عن تدخلات الجهة الادارية ، فلا تثار نظرية الصعوبات المادية غيـــر المتوقعة وان أمكن تعويض المتعاقد الضار استنادا لنظرية عمل الأميـــر اذا توافرت شروط تطبيقها . (٢)

الا أن الصعوبة تنحصر فى تحديد النطاق الذى يفصل بين نظريـــة الظروف الطارئة ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، نظرا لوجود مجــال

---

(١) الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى ، العقود ، المرجع السابـــق ، ص ٥٧٠ ، ص ٦٦٨ .

(٢) - A. Maral, "Contractualisation du dossier geotechnique dans les marchés publics de travaux", Thèse, Paris II, 1983, p. 39.

مشترك بينهما ، فيما يتعلق بمصدر الفعل الذى تتحقق به المسئولية ــ في بعض الفروض ــ في نطاق كل من النظريتين .

فالأمر المسلم به أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة يفترض اختلالا جسيما في اقتصاديات العقد ، وأن هذا الاختلال ــ كما رأينا ــ قد يرجع الى أسباب متعددة من بينها الظواهر الطبيعية التى قد تكون أساس قلب اقتصاديات العقد .(١)

ومن جهة أخرى فان الفعل الذى تتحقق به المسئولية في نطاق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة يرجع في معظم الحالات الي ظواهر طبيعية (٢) . وأكثر التطبيقات تتعلق بما يمكن أن يطلق عليه " مخاطر التربة " "Le risque du sol" . كالطبيعة الصخرية للأراضى التى تنفذ فيها الأشغال أو أن تكون تلك الأراضى هشة غير متماسكة أو تفرز كميات غزيرة من المياه تحتاج لنفقات غير عادية لرفعها وتجفيف التربة .(٣)

---

(١) - **J. Georgel**, J.C.A., Fasc. 512, Op. Cit., n°. 86.

(٢) - **J. Catz**, Thèse précitée, p. 98 et s.: "Les cas les plus fréquemment rencontrés sont ceux qui mettent en cause la nature du terrain ou les difficultés dues aux eaux souterraines, en un mot ceux qui concernent le risque du sol....".

(٣) التطبيقات القضائية عديدة ، منها على سبيل المثال فيما يتعلق بالطبيعة الصخرية للتربة :

- C.E. 12 mai 1982, Sté des autoroutes Paris Rhin-Rhône, précité.

وفيما يتعلق بظهور طبقات مياه غزيرة :

- C.E. 13 déc. 1961, Sté nationale de construction, Rec. p. 706.

وأيضا فيما يتعلق بحدوث انهيارات وكميات غير عادية من الأتربة :

- C.E. 22 déc. 1976, Depussé, Rec. p. 575.

وعلى ذلك فقد تكون الظواهر الطبيعية وما يترتب عليها من صعوبات تعترض تنفيذ العقد ، مصدرا لتطبيق كل من نظريتي الظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة. وهنا يثار التساؤل عن المعيار الذى يلجأ اليه القاضي لتحديد النطاق الذى يفصل بين هاتين النظريتين . ولذلك أهمية كبرى من الناحية العملية حيث أن التعويض الذى يحكم به القاضي في حالة تطبيق نظرية الظروف الطارئة هو تعويض جزئى ومؤقت لتمكين المتعاقد من الاستمرار فى تنفيذ التزاماته العقدية ، في حين أن التعويض فى حالة تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، هو تعويض كامل لكافة الأضرار التي تلحق بالمتعاقد. (١)

هذا بالاضافة الى أن نظرية الظروف الطارئة لا يمكن الاستناد اليها الا اذا أدت الظروف الطارئة الى قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب، وهو أمر غير متطلب فى حالة تطبيق نظرية الصعوبات المادية الا فى حالة العقود الجزافية . (٢)

بطبيعة الحال فان الفقه الكلاسيكى والذى يرجع نظرية الظروف الطارئة الى المخاطر الاقتصادية وحدها ـ وتمييزا لهذه النظرية عن النظريتين

---

(١) - S. **Pautot,** Article précité, in Mon. T.P., 25 septembre 1978, p. 13 et s.

(٢) - Y. **Desmurs-Mosset,** Article précité, in Mon. T.P., 5 décembre 1977, p. 97 et s.

الآخرين ، على اعتبار أن نظرية عمل الأمير محدد نطاقها لمواجهة المخاطر الادارية ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة انما قصد بها مواجهة المخاطر الطبيعية ـ لم يعن من قريب أو بعيد ـ اتساقا مع المنهج الفلسفي الذى أخذ به ، بالبحث عن معيار للتمييز بين نظرية الظروف الطارئة ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة فى حالة ما اذا كان مصدر الفعل الذى سبب الضرر راجعا الى الظواهر الطبيعية ٠ (١)

الا أن الثابت فقها وقضاء اليوم بلا جدال أن نظرية الظروف الطارئة يمكن ان يكون لها محلا من التطبيق سواء أكان مصدر الظرف الطارىء اقتصاديا أو اداريا أو طبيعيا ٠ (٢)

---

(١) من هذا الاتجاه : الفقيه " جيز " يراجع مؤلفه فى العقود ، الجزء الثانى ، المرجع السابق ص ٤٩٧ ، ومابعدها ٠ ويشير الأستاذ الدكتور عبدالحميد حشيش فى رسالته عن الظروف الطارئة ـ السابق الاشارة اليها ـ أن الفقه الكلاسيكى يقيم تفرقة مطلقة بين المخاطر الاقتصادية والطبيعية ، وأنه ترتيبا على ذلك فان هذا الاتجاه يرى أن نظرية الظروف الطارئة لا يمكن أن تجد لها مجالا للتطبيق عندما يتعلق الامر بمخاطر طبيعية ٠

يراجع فى هذا الشأن:ص ١٧٦ ومابعدها من الرسالة المشار اليها ٠

(٢) - J. Dufau, Les concessions de service public, éd. du Moniteur, Op. Cit., p. 107.

ولقد بذلت عدة محاولات فقهيـة لوضع معيار للتمييز بين الحالات التى تكون محلا لتطبيق نظريـة الظروف الطارئة وتلك التى تطبق فيها نظريـة الصعوبات غير المتوقعة عندما يكون مصدر الفعل الذى سبب الضرر مما ينـدرج فى طائفـة المخاطر الطبيعية(١) :

١ ــ فى الفقه الفرنسى :

أبرز المعايير التى قيل بها فى الفقه الفرنسى ما اقترحه الاستـاذ " دى لوبادير " ، حيث يرى أن الأمر ينحصر فى درجة تأثير الحـوادث الطبيعية على تنفيذ العقد. " فعندما يكون تأثير الحادث الطبيعى على تنفيذ العقد تأثيرا غير مباشر ويجعل هذا التنفيذ أكثر ارهاقا وأشد وطـأة مـن جراء الاضطرابات الاقتصادية التى يؤدى اليها ، فهذا يدخل بوضوح فى نطـاق نظرية الظروف الطارئة استثناء من نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعـة. وعلى سبيل المثال يمكن افتراض أن زلازل قد طرأت على اقليم معيـن، وأدت الى اضطراب الموقف الاقتصادى، كاختلال واضطراب وسائل النقل وفقـد جزء من العملاء ... الخ". ثم يشيـر الأستاذ " دى لوباديـر"

---

(١) يلاحظ أن الفقيه " بيكنيو " مع تسليمه بأن الظرف الطارئ يمكـن أن يكون مصدره ظاهرة من الظواهر الطبيعية، الا أنه يـرى أن ذلك من شأنه أن يجعل التمييز بين نظرية الظروف الطارئـة ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ــ مع أهميته العملية ــ أمـرا صعبا فى بعض الحالات . ويشير الى حكم مجلس الدولة الفرنسـى الصادر فى ٢١ ابريل سنة ١٩٤٤ فى قضية شركة الكابـلات التلغرافيـة كمثال للظرف الطارئ الذى يرجع الى المخاطـر الطبيعية .

يراجع فى هذا الشأن :

- G. Péquignot, J.C.A., Fasc. 511, Op. Cit., nos. 432 et 433.

الى أنه "عندما يؤدى الحادث الطبيعي الى جعل تنفيذ العقد أكثر ارهاقا للمتعاقد وذلك كموثر مباشر وحال ، فانه يجب التسليم بانه يدخل في نطاق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة" (١).

ومع تقديرنا لرأى الأستاذ " دى لوبادير " ، الا أننا نؤيد ماذهب اليه الأستاذ الدكتور عبدالحميد حشيش من أن هذا المعيار لا يتفق وبعض أحكام مجلس الدولة الفرنسي . كما أن التمييز بين التأثير المباشر وغير المباشر للحادث على العقد ، مع عدم وجود معيار فاصل لذلك يؤدى الى تحكم القاضي (٢).

اما أن هذا المعيار لا يتفق وبعض أحكام مجلس الدولة الفرنسي، فاننا نجد مثالا واضحا لذلك في تطبيق نظرية الظروف الطارئة في حكم المجلس الصادر في ٢١ ابريل سنة ١٩٤٤ في قضية الشركة الفرنسية للكابلات التلغرافية (٣).

واذا تركنا جانبا الخلاف الفقهي وتعدد تفسيرات الفقهاء لهذا الحكم وما اذا كان يعبر عن اتجاه مجلس الدولة الفرنسي في عدم تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في غير حالة عقود الأشغال العامة ـ كما يرى البعض ـ أو أن هذا الحكم يساير التطور الذى لحق بنظرية الظروف

---

(١) - A. De Laubadère, T.C.A., 1e éd., t. 3, Op. Cit., pp. 92-93; 2e éd., t. 2, Op. Cit., pp. 579-580.

(٢) رسالته السابق الاشارة اليها ، ص ١٨٠ ومابعدها.

(٣) سبقت الاشارة اليه .

الطارئة وتوسيع نطاق تطبيقها بحيث يشمل المخاطر الاقتصادية والطبيعية والادارية ، الأمر الذى يعنى أن المجلس قد طبق نظرية الظروف الطارئة فى هذه القضية لتوافر شروطها وعدم توافر شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، وهو الاتجاه الذى نؤيده كما أشرنا عند بحث مجال تطبيق كل من النظريتين . (١)

اذا تركنا هذا الخلاف فاننا نقول أن المعيار الذى اقترحه الاستاذ " دى لوبادير " لا يفسر تطبيق نظرية الظروف الطارئة فى هذه القضية ، ذلك أن الاضطراب الذى أصاب العقد نتج مباشرة عن الزلزال الذى أصاب الكابلات الممدودة تحت الماء ، وعلى الرغم من ذلك طبق مجلس الدولة الفرنسى نظرية الظروف الطارئة . (٢)

٢ ــ فى الفقه المصرى :

على الرغم من تسليم الفقه والقضاء فى مصر بأن الظواهر الطبيعية قد تؤدى الى تطبيق نظرية الظروف الطارئة انطلاقا من اتساع نطاق الظرف الطارىء فى الوقت الحاضر والذى قد يرجع الى اسباب متعددة ، اقتصادية ، أو طبيعية أو من فعل الادارة (٣) ، الا أنه يمكن القول بأنه لا توجد

---

(١) يراجع ص ١٦٧ من هذا البحث .

(٢) الأستاذ الدكتور عبدالحميد حشيش ، الظروف الطارئة ، المرجع السابق ، ص ١٨٠ .

(٣) يراجع فى هذا المعنى :

الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى ، العقود ، المرجع السابق ص ٦١٢ .

الأستاذ الدكتور أنور رسلان ، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، المرجع السابق ، ص ١٩ .

الدكتور محمد سعيد امين ، الأسس العامة لالتزامات وحقوق المتعاقد مع الادارة ، المرجع السابق ، ص ٦١٣ .

الدكتورة عزيزة الشريف ، نظرية العقد الادارى ، المرجع السابق ص ٢٣٧ .

سوى محاولة فقهية وحيدة لتحديد النطاق الذى يفصل بين نظرية الظروف الطارئة ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة عندما يكون مصدر الفعل الذى سبب الضرر مما يندرج تحت مسمى " المخاطر الطبيعية " ٠ هذه المحاولة الفقهية التى قام بها الأستاذ الدكتور عبدالحميد حشيش فى رسالته عن نظرية الظروف الطارئة (١) ، يمكن بسطها على النحو التالى :

ان الفارق الجوهرى بين كل من نظريتى الظروف الطارئة ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، انما يكمن فى أن الفعل الذى تتحقق به المسئولية فى نطاق النظرية الأولى انما يطرأ أثناء مرحلة تنفيذ الالتزامات العقدية ، أى أن الفرض أن هذا الفعل لم يكن قائما وقت نشوء العقد ، بل جدّ عند تنفيذه ٠

فى حين أن ذلك الفعل فى نطاق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة انما كان متحققا بالفعل أثناء مرحلة تكوين العقد وقبل الخروج الى مرحلة تنفيذه ، ولكنه لم يكن معروفا لأطراف العقد ٠

ويضيف الأستاذ الدكتور عبدالحميد حشيش شرحا للمعيار الذى يقترحه ، أنه اذا فحصنا بعناية الأحكام القضائية المتعلقة بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، نجد أنها تتعلق بصعوبات مادية غير عادية واجهت المتعاقد أثناء تنفيذه للأشغال محل التعاقد ، كوجود كميات غزيرة من المياه أو أن تتكشف التربة عن طبيعة صخرية غير عادية ٠ كل هذه الظواهر الطبيعية كما هو واضح من تحليل أحكام القضاء كانت موجودة ساعة تكوين وابرام العقد ، ولكنها كانت مجهولة لأطراف الرابطة العقدية ، بحيث ان المتعاقد ماكان ليقدم على التعاقد لو كانت هذه الظروف معلومة لديه ، أو أنه كان سيتعاقد

---

(١) رسالته بالفرنسية السابق الاشارة اليها، ص ١٨١ ومابعدها ٠

فى ظل شروط أخرى غير تلك التى أبرم العقد فى ظلها . أى أن المتعاقد قد وقع فى غلط فى جوهر الشيء المتعاقد بشأنه ، وبهذا نظل فى دائرة تكوين العقد ونكون فى مجال عيوب الرضا . ويدلل الأستاذ الدكتور عبدالحميد حشيش ، على صحة المعيار الذى يقترحه ، بأن المحاكم القضائية فى فرنسا والتى رفضت دائما منح تعويض للمتعاقد للارهاق الذى يصيبه من جراء الحوادث التى تطرأ بعد ابرام العقد ، استنادا لرفض المحاكم المدنية الفرنسية الأخذ بنظرية الظروف الطارئة ، هذه المحاكم لم تتردد فى منح التعويض عندما تكون هذه الحوادث قائمة بالفعل لحظة ابرام العقد ولكنها لم تكن معروفة لأطرافه . (١)

ثم يشير الأستاذ حشيش الى مايقرره الاستاذ الدكتورعبدالرزاق السنهورى وما يمكن اعتباره إحالة ضمنية لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، حيث يقول : " لو أن الالتزام نشأ فى ذمة المدين مرهقا فادحا منذ تكوين العقد ، كمن يتعهد بحفر بئر تبلغ تكاليف حفرها أضعاف ماقدره ، لبقينا فى دائرة تكوين العقد ولم نخرج الى مرحلة تنفيذه ، ولكان علينا أن نلتمس العلاج فى عيوب الرضا من غلط ... الخ . (٢)

ثم يعود الأستاذ الدكتور عبدالحميد حشيش الى حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى قضية شركة الكابلات التلغرافية ، مؤكدا أنه يمكن تفسيره فى ظل معياره المقترح ، فالعقد كان قد أبرم فى ٢ اغسطس سنة ١٩٢٢ ، وأن الظاهرة الطبيعية الاستثنائية ـ الزلزال ـ قد طرأت فى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٩ ، أى فى مرحلة تنفيذ العقد وليس فى مرحلة تكوينه وابرامه .

---

(١) تراجع الأحكام التى أشار اليها الأستاذ الدكتور عبدالحميد حشيش فى رسالته المشار اليها ، ص ١٨٤ ، هامش ١ ، ٢ ، ٣ .

(٢) الوسيط ، المرجع السابق ، ص ٦٣١ ، هامش "١" .

ولهذا طبق مجلس الدولة الفرنسي نظرية الظروف الطارئة في هذه القضية وليس بسبب ما أشار اليه الأستاذ " دي لوبادير " من أن المجلس أقل ميلا لمد تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة خارج نطاق عقد الأشغال العامة • ونحن من جانبنا لا نرى غضاضة في الأخذ بالمعيار الذي يقترحه الأستاذ الدكتور عبدالحميد حشيش ، والذي يمكن بناء عليه تفسير العديد من أحكام مجلس الدولة الفرنسي بشأن تطبيق نظرية الظروف الطارئة في حالات كثيرة أثارت خلافا في الفقه ، خاصة تلك التي توافرت فيها شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ولم يطبقها المجلس ، مما دعا البعض الى القول بأن تلك النظرية الأخيرة خاصة بعقود الأشغال العامة وما دعا البعض الآخر الى القول بأن مجلس الدولة الفرنسي يميل الى تضييق نطاق نظرية الصعوبات المادية وجعل نظرية الظروف الطارئة هي البديل ، كلما تعلق الأمر بعقد آخر خلاف عقد الأشغال العامة • (١)

يؤيد ذلك أيضا أنه اذا كان المتعاقد ملزما بأن يتحرى بنفسه طبيعة الأعمال وكل مايلزم لها من اختبارات وهو ماتقرره المادة ٧٨ من لائحة المناقصات والمزايدات في مصر ، وأنه اذا قصر في ذلك وكان بوسعه تبين الصعوبات المادية وقت التعاقد فانه لا يستطيع الاستناد لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة للمطالبة بالتعويض • فان ذلك يفهم منه أن تلك الصعوبات كانت موجودة بالفعل وقت ابرام العقد، وكل مافي الأمر أن توقعات أطراف العقد كانت في غير محلها • هذا على خلاف الفعل في نطاق نظرية الظروف الطارئة والذي يصفه الأستاذ الدكتور السنهوري بأنه " لم يكن قائما وقت نشوء العقد، بل جدّ عند تنفيذه "• (٢)

---

(١) يراجع في عرض هذه الاراء المختلفة ص ١٦٨ من هذا البحث •

(٢) الوسيط ، المرجع السابق ، ص ٦٣١•

المبحث الثانـــــى

من حيث شـــــروط التطبيـــــق

اذا استعرضنا شروط تطبيق كل من النظريات الثلاث كما صاغها القضاء وتناولها الفقه بالشرح والتحليل ، نجد أن من بين هذه الشروط مايتعلـــق بالطبيعة الادارية للعقد (١) ، ومنها مايتعلق بضرورة توافر شرط عدم التوقع أو عدم امكان التوقع للأمر الذى تتحقق به المسئولية فى نطاق كل مـــن النظريات الثلاث • يضاف الى ذلك شرط ألا يتضمن الفعل أو الظرف الـــذى سبب الضرر للمتعاقد أى خطأ من جانب الادارة ، حيث تقوم كل مـــن النظريات الثلاث على أساس مسئولية الادارة بلا خطأ • فاذا أخطأت الادارة فلا يمكن اثارة مسئوليتها على أساس أى من تلك النظريات ، بل تسأل فـــى نطاق المسئولية التعاقدية العادية • (٢)

---

(١) يلاحظ أنه فيما يتعلق بنظريـــة الظروف الطارئة والتى أصبحـــت مقررة فى مصر بنص تشريعى لا بالنسبة للعقود الادارية فحســـب ، ولكن أيضا بالنسبة للعقود المدنية أيضا ــ كما سبق أن أوضحنا ـــ فانه نظرا لاختلاف الأساس الذى تقوم عليه فى كل من نوعـــى العقود الادارية والمدنيـــة وما لذلك من صدى على الاحكـــام والقواعد التى تنتظـــم تلك النظريـــة فى كل من المجالين الادارى والمدنى ، فان مجلس الدولة المصرى ــ وكما يلاحظ بحق أستاذنا الدكتور سليمان الطماوى ــ ليس ملزمـا أن يتقيد بنص المـــادة ١٤٧ من القانون المدنى ، الا بالقدر الذى يتفق ومقتضيـــات القانون الادارى • ولهذا فان بحثنـــا ينصب على أحكام تلـــك النظريـــة وشروط تطبيقهـــا فى مجال العقد الادارى •

(٢) الأستـــاذ الدكتور سليمان الطمـاوى ، العقود ، المرجـــع السابق ، ص ٦٦٦ •

ومن جهة أخرى فإن من شروط تطبيق كل من النظريات الثلاث أن يترتب على الفعل أو الظرف أو الصعوبة المادية ضرر يصيب المتعاقد. الا أنه اذا كان لا يشترط في الضرر الذي ينال المتعاقد في نطاق كل من نظرية عمل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة أي قدر من الجسامة، الا أن هذا الضرر يجب أن يصل الى قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب حتى يمكن الاستناد لنظرية الظروف الطارئة . وفي هذه الخصوصية تلتقي نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في حالة العقود الجزافية "Les marchés a forfait" مع نظرية الظروف الطارئة، حيث يتعين في هذه النوعية من العقود أن يصل الضرر الى قلب اقتصاديات العقد .

ولقد تعرضنا في المباحث السابقة لشرط الطبيعة الادارية للعقد، ومعيار تمييزه واسهبنا في بسط شرط عدم التوقع.وعرضنا للفعل الذي تتحقق به المسئولية في نطاق كل من النظريات الثلاث لتوضيح الخط الفاصل بين نطاق كل منها دون التعرض للدراسة التفصيلية لكنه هذا الفعل وصوره في التطبيقات العملية .

واستعرضنا كذلك شرط الضرر عند الحديث عن خصائص الضرر القابل للتعويض في نطاق النظريات الثلاث وان كان ذلك بالقدر الذي يوضح العلاقة بين الضرر والمسئولية دون خطأ دون التعرض أيضا بالدراسة التفصيلية للضرر الذي يصل الى قلب اقتصاديات العقد كشرط من شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة وأيضا كشرط يضاف لشروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في حالة العقود الجزافية.

وتأسيسا على ماتقدم سنتناول هذا المبحث في المطالب التالية :

المطلب الاول : طبيعة وصور التدخل القابل لأن يكون محلا لتطبيق نظرية عمل الأمير.

المطلب الثاني :الطبيعة العادية والاستثنائية للصعوبات المادية غير المتوقعة .

المطلب الثالث: الضرر وشرط قلب اقتصاديات العقد.

المطلـــــب الأول

طبيعة وصور التدخل القابل لأن يكون محلا لتطبيـــــق نظرية عمـــل الأميـــــر

ان حق المتعاقد في الحصول على تعويض كامل على أساس نظرية عمـــل الأمير ، رهين بتوافر شروط تطبيق هذه النظرية (١) . وهذه الشـــروط ترتبط بالفعل الذي يكون عمل الامير في ذاته ، والذي يجب أن يكون صـادرا من ذات السلطة العامة التي أبرمت العقد (٢) .

---

(١) يراجع حكم المحكمة الادارية العليا الصادر في ٢٠ مايو سنـــة ١٩٦١ ــ سبقت الاشارة اليه ــ وهو من أوائل الأحكام التي تعرضت فيـــه المحكمة لبسط شروط تطبيق نظرية عمل الأمير وقد جاء بهذا الحكـم : " اذا كانت العلاقة بين الطاعن والادارة هي عقدا اداريا ، فان شروط نظرية فعل الأمير التي استند اليها الطاعن في تقرير أحقيته فـــي التعويض غير متوافرة في حالتهذلك أن شروطها هي : ١ ــ أن يكون ثمة عقد من العقود الادارية . ٢ ــ أن يكون الفعل الضار صادرا مـــن جهة الادارة المتعاقدة . ٣ ــ أن ينشأ عنه ضرر للمتعاقد لا يشترط فيه درجة معينة من الجسامة . ٤ ــ افتراض أن الادارة المتعاقـــدة لم تخطئ حين اتخذت عملها الضار فمسئوليتها عقدية بلا خطـــأ . ٥ ــ أن يكون الاجراء الصادر من الادارة غير متوقع . ٦ ــ أن يلحق المتعاقد ضرر خاص لا يشاركه فيه سائر من يمسه القرار العام" .

(٢) يلاحظ أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي والمصري على السواء يجـــري على قصر تطبيق نظرية عمل الأمير على الاجراءات الصادرة من جهـة الادارة المتعاقدة وحدها . ولقد حدد مجلس الدولة الفرنسي موقفـه بوضوح ازاء لزوم اسناد الفعل الى الادارة المتعاقدة في العديد مـــن أحكامه منذ حكمه الصادر في ٤ مارس سنة ١٩٤٩ في قضية" مدينـــة طولون" حيث اكد أن "نظرية عمل الأمير لا تشمل الا ماينتج عـــن الاجراءات التي يتخذها الشخص العام المتعاقد" ... وهو المبـــدأ الذي تأكد في العديد من أحكامه ومنها على سبيل المثال : حكمـــه =

وبالطبع فان ذلك يثير مشكلة تحديد ماهية الادارة المتعاقدة أو الموقعة على العقد ،وبأى شروط يمكن اعتبار السلطة التى تدخلت فى العقد ، كأنهـــا ليست أجنبية عن الادارة المتعاقدة . ومن جهة أخرى فان تدخلات السلطـات العامة والقابلة للتأثير على تنفيذ العقد الادارى بما تؤدى اليه من جعل هـذا التنفيذ أكثر صعوبة وأكثر ارهاقا للمتعاقد ، يمكن أن تكون فى غاية التنـــوع بالنسبة لطبيعتها وأثرها على العقد. فقد تتخذ هذه الاجراءات طابعا عامـا ، كالقوانين واللوائح ، وقد تتخذ طابعا خاصا كالقرارات الفردية والتصرفــــات المادية .

ومن ناحية أثرها على العقد ، فانها قد تؤثر تأثيرا مباشرا على شـــروط العقد وقد يؤدى الاجراء الذى تتخذه جهة الادارة المتعاقدة الى مجرد التأثير على ظروف تنفيذ العقد دون أن يتعدى ذلك الى المساس مباشرة بشـــــروط التعاقد في ذاته .

وبطبيعة الحال فان كل هذه الاجراءات لا تؤدى الى تطبيق نظريـــة عمل الأمير بطريقة واحدة ، ولكن يجب البحث عن أساس الحلول القضائيـة ، من خلال التطبيقـــات العديـــدة للنظريـــة فى قضـــاء مجلـــس

= الصادر فى ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٧١ فى قضية "Cie du chemin de fer de Bayonne" (المجموعة ص ٦٢٤). وحكمه الصادر فى ٥ نوفمبر سنة ١٩٨٢ فى قضيــــــة "Sté Propétrol" (المجموعة ص ٣٨١).

وبذلك يكون مجلس الدولة الفرنسي قد عدل عن اتجاهه الأول والذى قبل فيه طلب التعويض الكامل استنادا لنظرية عمل الأمير عن أعمـــــال صدرت من ادارة أجنبية عن العقد.وهو مايمكن استخلاصه بوضـــوح من حكم المجلس الصادر فى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٤ فى القضيــــة المعروفة باسم "Tanti" (المجموعة ص ٩٤٠) . وقبـــل هذا الحكم فلقد قضى المجلس فى حكمه الصادر فى ٢٠ مايو سنـــة ١٩٠٤ فى قضية "Cie marseillaise de navigation" (المجموعة ص ٤٢٥) ـ على عكس تقرير مفوض الدولة "Teissier" بقبول منح التعويض للمتعاقدين مع الدولة بمناسبة رسم فرضته غرفـة التجارة .

الدولة الفرنسي ومن خلال التوجهات التي قدمها الفقهاء في هذا الشأن • الا أنه يجب التذكير بحقيقة هامة وهي أنه على الرغم من غزارة قضاء مجلس الدولة الفرنسي في هذا الخصوص ، الا أن هذا القضاء ـ وكما يلاحظ بحق الاستاذ " دي لوبادير" (١) ـ معقد جدا وغالبا فانه من الصعوبة بمكان التفسير الدقيق لبعض هذه الأحكام وما يترتب على ذلك من صعوبة ابراز الافكار والتقريب بينها في عرض شامل لمختلف عناصر الموضوع، وهو مادعا البعض الى القول بأن نظرية عمل الأمير مازالت من أكثر نظريات العقد الاداري غموضا • (٢)

وترتيبا على ماتقدم سنتناول هذا المطلب في الفروع الثلاثة التالية :ـ

الفرع الأول : عمل الأمير في صورة اجراء خاص •

الفرع الثاني : عمل الأمير في صورة اجراء عام •

الفرع الثالث : فكرة السلطة المتعاقدة •

---

(١) مطوله في العقود ، الطبعة الثانية ، الجزء الثاني، المرجع السابق ص ٥٢٨ •

(٢) الدكتور علي الفحام ، سلطة الادارة في تعديل العقد الاداري ، المرجع السابق ص ٣٢٤ •

الفـــــرع الأول
عمل الأمير في صورة اجـراء خـــاص

ان الاجراءات الخاصة الصادرة عن السلطة الادارية المتعاقدة قـــد تؤدي الى تعديل مباشر في شروط العقد ذاته ، وقد تؤثر فقط على ظـــروف تنفيذه بما يمكن أن يترتب عليها من تحميل المتعاقد بأعباء جديدة لم تكـــن في الحسبان لحظة ابرام العقد .(١)

١ ـ الاجراءات الخاصة التي تؤثر على نصوص العقد ذاته(٢) :

وهذه الاجراءات في الغالب الاعم تصدر عن السلطة الادارية وقد يحدث ـ وان كان ذلك نادرا عملا ـ أن تصدر عن المشرع :

أ ـ الاجراءات التي تصدر عن السلطة الادارية المتعاقدة :

من بين السلطات التي تتمتع بها الادارة ، والتي لا مقابل لها فـــي عقود القانون الخاص ، سلطتها في تعديل العقد الاداري بارادتها المنفـــردة ، سواء بالنقص أو الزيادة في كمية الأعمال أو الأشياء محل العقد أو في شـــروط التنفيذ أو مدة التنفيذ المتفق عليها ، وقد يصل الأمر الى انهاء العقد قبـــل الأجل المحدد له .

هذه التدخلات تعتبر المثال النموذجي لعمل الأمير أو مايمكـــن أن يطلق عليه " المخاطر الادارية " . ودون الدخول في دراسة تفصيلية لسلطة الادارة في تعديل عقودها الادارية بارادتها المنفردة والتي كانت محلا للعديـــد

---

(١) - A. De Laubadère, J.C. Venezia, Y. Gaudemet, T.D.A., 10e éd., t. 1, Op. Cit., p. 633 et s.

(٢) "Mesures particulières touchant aux dispositions mêmes du contrat".

من الدراسات في كتب الفقه (١) ، فانه يجدر الاشارة لبعض النقاط التي ثـــار الخلاف حولها :

أولا : اذا كانت اقلية في الفقه الفرنسي قد ذهبت في بداية الأمر الى مهاجمـــة حق الادارة في تعديل عقودها بارادتها المنفردة (٢) ، واذا كان بعضهـم قد ذهب الى أن سلطة التعديل لا تتمتع بها الادارة الا بمقتضى نص فـي

---

(١) يراجع في هذا الخصوص :

- A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 388 et s.;
J. Rivero, Droit administratif, 1987, Op. Cit., p. 152 et s.;
G. Vedel et P. Delvolvé, Droit administratif, 9e éd., Op. Cit., p. 354;
R. Chapus, Droit administratif, 4e éd., t. 1, Op. Cit., p. 749.
F. Llorens, "Réflexions sur le pouvoir de modification unilatérale du maitre de l'ouvrage dans les marchés de travaux publics et privés"., Droit et Ville, 1981, no. 11, p. 50 et s.

الاستاذ الدكتور سليمان الطماوي ،العقود ،المرجع السابق،ص ٤١٤ وما بعدها .

الاستاذ الدكتور ثروت بدوي ، رسالة عن نظرية عمل الأمير، المرجـع السابق، ص ٤٧ ومابعدها .

الدكتور على الفحام، سلطة الادارة في تعديل العقد الاداري ، المرجـع السابق، ص ٥٤ ومابعدها .

(٢) من هذا الاتجاه على سبيل المثال :
F.P. Bénoit, Article précité in J.C.P., 1963. I. 1775: ".. en effet, la jurisprudence ne reconnait à l'autorité administrative, dans le cadre du régime contractuel, le droit de modifier unilatéralement les stipulations du contrat".

=

التشريع أو العقد ذاته (١) ، مستندين في ذلك الى حكم لمجلس الدولة الفرنسي صادر في ١١ يوليو سنة ١٩٤١ في قضية "Hôpital - Hospice de Chouney" (٢) فان مجلس الدولة الفرنسي قد أعلن في عبارات واضحة في حكمه الشهير الصادر في ٢ فبراير سنة ١٩٨٢ في قضيـة

= ويؤكد ذات الفقيه في موضع آخر من ذات المقال :

عدم تمتع الادارة بسلطة التعديل الانفرادي لعقودها التي ابرمتها ويقول :

".. on ne constate que l'administration pourrait modifier unilatéralement les contrat qu'elle a conclus".

ويبدو ان الفقيه " جيز " قد عدل عن موقفه الأول والذي أيد فيـه حق الادارة في تعديل عقودها ، والذي أشار اليه صراحة في البداية وذلك في مطوله في العقود ، الجزء الأول ص ٢٢١ حيث يقول :

".... l'administration a le pouvoir d'apporter, en cours d'exécution, les modifications qu'elle estime nécessaires au bon fonctionnement du service public pour lequel a été passé le contrat administratif".

الا انه عاد وقرر في تعليق له منشور بمجلة القانون العام سنة ١٩٤٥ ص ٢٥٧ انه لا يجوز للادارة ان تنفرد بتعديل شروط عقد وافـق عليه اطرافه بحرية • وقد جاء بهذا التعليق :

"Il n'appartient pas a l'administration de modifier les clause d'un contrat librement accepté par les parties".

(١) - J. L'Huillier, Article précité, D. 1953, p. 87 et s.

(٢) منشور في مجموعة سيرى سنة ١٩٤٧ القسم الثالث، ص ١٥ :

وتتلخص وقائعه في ان احد المهندسين كان قد كلف بوضع التصميمـات =

"Union des transports publics urbains et regionaux" أن سلطة الادارة فى تعديل عقودها الادارية بارادتها المنفردة ماهى الا " تطبيق للقواعد العامة المطبقة على العقود الادارية " ٠ ولقد حظى هذا الحكم باهتمام الفقه الفرنسي ، فالأستاذ " R. Chapus " يعتبره من الاحكام الهامة نظرا لأنه قد أنهى الخلاف الفقهي حول تمتع الادارة بسلطة تعديل العقد بالارادة المنفردة ، هذه السلطة التي نازع فريق من الفقهاء في وجودها ، مستندين في ذلك الى عدم وجود أحكام صريحة تعترف للادارة بهذه السلطة قبل هذا الحكم(١) .

كما أن الأستاذ "J.F. Lachaume" يرى أن الشكوك التي ثارت حول تمتع الادارة بسلطة التعديل الانفرادى قد زالت نهائيا بصدور هذا الحكم، الذى أكد بوضوح تام تمتع الادارة بهذه السلطة دون حاجة للنص عليها صراحة فى العقد٠(٢)

= الخاصة باعادة بناء مستشفى وملجأ "تونى" بناء على عقد ابرام سنة ١٩٢٢ وأثناء تنفيذ العقد اضطرته الظروف الى الاقامة فى مدينة اخرى، وعرض على جهة الادارة المتعاقدة اختيار احد زملائه المساعدين له فى الاقامة بموقع العمل ، حيث وافقت اللجنة الادارية للمستشفى على ان يتم اقتسام الاتعاب المنصوص عليها فى العقد مناصفة بين المهندس ومساعده الا أن المهندس المتعاقد رفض ذلك ٠ وعند عرض النزاع على مجلس الدولة الفرنسى، قضى بأن السلطة الادارية لا تملك ان تعدل انفراديا شروط هذه الوكالة ،وقد جاء بهذا الحكم :

"Il n'appartenait pas à cette autorité administrative de modifier unilatéralement les condition du mandat".

(١) - R. Chapus, "Droit administratif", t. 1, Op. Cit., p. 749.

(٢) - J.-F. Lachaume, G.D.J.A., 3e éd., 1985, Op. Cit., p. 278: "Les doutes subsistant sur l'existence de ce pouvoir de modification unilatérale ont été definitivement levès par l'arrêt Union des Transports publics urbains et régionaux".

ويتلخص وقائع النزاع في أنه قد صدر مرسوم في ٢٩ اكتوبر سنة ١٩٨٠ (١) ، متعلق بطرق استغلال مرافق النقل العام المحلي ، أجاز المادة ١٤ منه (٢) للسلطة الادارية أن تجرى أي تعديل تراه لازما لأركان المرفق وطرق استغلاله ، وبناء على الطعن على هذه المادة بالبطلان ، أعلن مجلس الدولة الفرنسي " أنه طبقا لما هو منصوص عليه .... من أن السلطة الادارية يمكنها أثناء تنفيذ العقد أن تتدخل بارادتها المنفردة لتعديل أركان المرفق وطرق استغلاله ، فان استعمال هذه السلطة يمكن أن يؤدي الى اعادة النظر في الشروط المالية للعقد ..... ومن ثم فان هذه المادة اقتصرت على تطبيق القواعد العامة المطبقة على العقود الادارية " (٣) .

---

(١) - Un décret n^{o}. 80-851 du 29 octobre 1980, J.O. 31 octobre 1980, et texte in A.J.D.A., 1981, 55.

(٢) - L'article, 14 du décret n^{o}. 80-851.

(٣) نقتطف من هذا الحكم ، الفقرة التالية :

"... qu'en disposant ... que l'autorité organisatrice peut, en cours de contrat, apporter unilatéralement des modifications à la consistance des services et à leurs modalités d'exploitation, que l'usage de cette prérogative peut entraîner une révision des clauses financières du contrat ... les auteurs du décret attaqué se sont bornés à faire application des règles générales applicables aux contrats administratifs ...".

وهذا الذى انتهى اليه قضاء مجلس الدولة الفرنسى وأعلنه صراحة في أحكامه الحديثة ، أكده قضاء مجلس الدولة المصرى وأشار اليه في العديد من أحكامه ، سواء في ذلك محكمة القضاء الادارى والمحكمة الادارية العليا .

ففى حكمها الصادر فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٦ ، قضت محكمة القضاء الادارى بأن " الادارة تملك من جانبها وحدها وبارادتها المنفردة — على خلاف المألوف في معاملات الأفراد فيما بينهم — حق تعديل العقد أثناء تنفيذه ، وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت ابرام العقد .... ومن ثم كانت سلطة التعديل مستمدة لا من نصوص العقد فحسب ، بل من طبيعة المرفق واتصال العقد الادارى به ... ومن هنا يثبت حق الادارة في التعديل بغير حاجة الى النص عليه في العقد أو موافقة الطرف الآخر عليه .... " (١)
أيضا فى حكمها الصادر فى ٣ يونيه سنة ١٩٥٧ ، أكدت محكمة القضاء الادارى " أن سلطة جهة الادارة فى تعديل العقد أو فى تعديل طريقة تنفيذه ، هى الطابع الرئيسى لنظام العقود الادارية ، بل هى أبرز الخصائص التى تميز نظام العقود الادارية عن نظام العقود المدنية " . (٢)

---

(١) القضية رقم ١٦٠٩ لسنة ١٠ ق ، وزارة التموين ضد السيد محمد محمد خليل ، السنة ١١ ، ص ٩٠ .

(٢) سبقت الاشارة اليه .

وبذات المسلك اخذت المحكمة الادارية العليا في العديد من احكامها ، ومن ذلك حكمها الصادر في ٣ مارس سنة ١٩٦٨ [١] وقد جاء بــــه أن " للادارة سلطة الاشراف والتوجيه على تنفيذ العقود الادارية ولها دائمــا حق تغيير شروط العقد واضافة شروط جديدة بما قد يتراءى لها أنه أكثــر اتفاقا مع الصالح العام ...... "

ثانيا : ان حق الادارة في تعديل العقد بارادتها المنفردة ، ينشأ معـــه حق مقابل للمتعاقد معها في ضمان التوازن المالي للعقد الاداري استنـــادا لنظرية عمل الأمير، على اعتبار أن سلطة التعديل هي احدى تطبيقاتها [٢]. وقد سبق أن اشرنا عند الحديث عن مجال التطبيق الموضوعي لتلـــك النظرية [٣] ، للاتجاه الذي يرمي الى تضييق مجال تطبيقها وقصره علـــى

---

(١) القضية رقم ٨٨٢، س ١٣ ق ، المجموعة ص ٦٢٥.
وانظر ايضا بذات المعنى حكمها رقم ٤٣٩ الصادر في ١١ مايو سنة ١٩٦٨ ــ سبقت الاشارة اليه ــ وحكمها رقم ٥٦٢ الصادر فـــي ١٥ ابريل سنة ١٩٧٨، السنة ٢٣ ق ، المجموعة ص ١١٢ : وقد جاء بهذا الحكم : " ان حق المتعاقد في العقد الادارى فـــي التعويض العادل عن الاضرار التي تلحق بمركزه التعاقـــدى ، أو عقلب ظروف العقد المالية بسبب ممارسة جهة الادارة سلطاتهـــا في تعديل العقد وتحويره بما يتلائم والصالح العام ، انما ينصـرف أثره وتقوم مقتضياته حيث تمارس جهة الادارة من جانبها وحدهـــا وبارادتها المنفردة تعديل العقد أثناء تنفيذه تبعا لمقتضيات سيـر المرفق العام .. ".

(٢) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., Op. Cit., p. 389 et s.

وانظر في ذات المعنى : الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى ، العقود ، المرجع السابق ص ٥٧٤ .

(٣) يراجع ص١٧٤ ومابعدها من هذا البحث .

ممارسة الادارة المتعاقدة لاختصاصاتها الخارجة عن النطاق التعاقدي ، بحيث لا تشمل تطبيقات نظرية عمل الأمير الشق المتعلق بسلطة الادارة في تعديل العقد بارادتها المنفردة • ونحيل في هذا الشأن لما سبق أن تعرضنا له في هذا الخصوص•

ب ـ الاجراءات التي يتخذها المشرع :

قد يحدث ـ وان كان ذلك نادرا عملا ـ أن يصدر المشرع قانونا يؤثر على شروط عقد اداري معين ، اما بتعديل بعض نصوص العقد أو انهائه (١) • فهل يمكن في مثل هذه الحالة أن تجد نظرية عمل الأمير محلا من التطبيق ؟.وبصرف النظر عن شرعية أو عدم شرعية الاجراءات التي قد تصدر عن المشرع في هذا الشأن ، والتي تختلف بحسب اختلاف الأنظمة الدستورية من دولة الي أخرى ووجود أو عدم وجود قضاء مختص بنظر شرعية مثل هذه التشريعات (٢) • فان مجلس الدولة الفرنسي في حكم قديم له صادر في ١٢ فبراير سنة ١٨٨٦ في قضية "Sté des- publications périodiques" (٣) وجد الفرصة سانحة للحكم بالتعويض لشركة طباعة بمناسبة فسخ العقد بناء على موافقة واقرار البرلمان. الا أنه من جانب آخر فان مجلس الدولة الفرنسي ليس أمامه من سبيل الا الاستجابة لارادة المشرع في حالة ما اذا استبعد القانون صراحة أو ضمنا

---

(١) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 545 et s.

(٢) الدكتور على الفحام ، سلطة الادارة في تعديل العقد الاداري ، المرجع السابق ، ص ٣٣٨ •

(٣) المجموعة ص ١٣٧ •

التعويض عن الأضرار التي تنجم عن تطبيق النص التشريعي وتأثيره على أحـــد المراكز التعاقدية • فعندما يحدث تناقض بين تشريع وعقد معين ، فـــان المجلس لا يملك مناقشة النص التشريعي الذى يعفى الذمة المالية للادارة من كل أو جزء من الاعباء المفروضة عليها طبقا لعقد مبرم مع أحد الافراد (١) •

وذلك ناجم عن استبعاد القانون العام الفرنسي لأي امكانية للدفع بعدم شرعية القانون واستبعاده لأي مكنـــة لاثارة النقاش امام القاضي عن صحـــة القانون • (٢)

---

(١) - S. **Badaoui**, Thèse précitée, p. 156: "Les tribunaux ne se permettent pas de refuser l'application d'une loi qui exonèrerait un patrimoine administratif de tout ou partie des charges qui pèseraient sur lui en vertu d'un contrat passé avec un particulier".

(٢) - **A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé**, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 545.

وتراجع الأحكام التي أشار اليها الأستاذ " دي لوبادير " والتي وقـــف فيها مجلس الدولة الفرنسي عاجزا عن الحكم بالتعويض لعدم شرعيـــة مناقشة التشريع الذى يتناقض مع العقود المبرمة بمعرفة الدولة ،ومنهـا على سبيل المثال :

- C.E. 7 décembre 1894, Cie algérienne, S. 1896, 3, 89, Concl. Arrivière; C.E. 28 juin 1967, Sté des Ets. Skalli, Rec. p. 284.

أما في مصر ، فان الأستاذ الدكتور ثروت بدوي يرى – وبحق – أن الدولة يجب أن تحترم العقود التي تبرمها وأن المحاكم عليها نوع من الالتزام باحترام هذه القاعدة ، حتى في مواجهة المشرع، وأنه لا توجد سلطة مهما علا مركزها ولو كان المشرع نفسه ، يمكنها المساس بالنصوص التعاقدية الملزمة للادارة . وأنه اذا كان احترام الحقوق المكتسبة من المبادىء العليا في القانون، فانه يجب اعتبار التشريع الذي يمس الحقوق الناشئة عن العقد تشريعا غير دستوري (١) .

وبالطبع فان القاضي له الحق في مثل هذه الحالات الى الالتجاء من تلقاء نفسه الى المحكمة الدستورية العليا لكي تفصل في دستورية القانون متى تراءى له أن ذلك لازما للفصل في الدعوى المنظورة أمامه . (٢)

٢ – **الاجراءات الخاصة التي تؤثر على ظروف تنفيذ العقد :** (٣)

المقصود بهذه الاجراءات تلك التي تتخذها الادارة المتعاقدة ليس بغرض المساس بأحد شروط العقد، ولكن يؤدي تدخل السلطة الادارية الى التأثير على ظروف التنفيذ، بما من شأنه تحميل المتعاقد بأعباء جديدة لم يتوقعها

---

(١) - S. Badaoui, Thèse précitée, p. 157 et s.

(٢) يراجع في التفاصيل : مؤلف الأستاذ الدكتور رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري الطبعة الثالثة ، ١٩٨٣، دار النهضة العربية ، ص ٥٨٦ ومابعدها .
ويراجع نص المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ (قانون المحكمة الدستورية العليا) .

(٣) "Mesures particulières touchant aux conditions d'exécution du contrat".

عند ابرام العقد • بالطبع فانه يصعب تحديد هذا التدخل في نطاق معيـــن لأنه متعلق باجراءات خاصة ، كما أن هذه الطائفة من الاجراءات ليست مـن طبيعة واحدة • (١) فبعضها يصدر من جهة الادارة المتعاقدة بمناسبـــة تدخلاتها في مجال تنفيذ العقد بمقتضى سلطتها في الرقابة والتوجيه، والتـــي وان كانت لا تؤدى الى تغيير شروط العقد الا أنها قد تؤدى الى تحميـــل المتعاقد بأعباء جديدة • (٢)

والبعض الاخر من هذه الاجراءات قد تصدر عن جهة الادارة المتعاقدة ولكن بغية تحقيق أهداف لا تتعلق بنطاق تنفيذ الالتزامات التعاقديـــة، وانما خارج هذا النطاق • وهذه الطائفة من الاجراءات — على سبيل المثال — بعض اجراءات البوليس وبعض التصرفات المادية لجهة الادارة المتعاقـــدة — لا تكون موجهة أساسا وبصفة خاصة نحو تنفيذ العقد في حد ذاته ، الا أنهـا تؤثر بشكل أو بآخر على ظروف هذا التنفيذ • (٣)

وبالطبع فان نظرية عمل الأمير يمتد نطاقها ليشمل الاجراءات الخاصة التي تؤثر على ظروف تنفيذ العقد سواء في ذلك تلك الاجراءات التي تتخذها

---

(١) - Ph. Terneyre, Thèse précitée, p. 294.

(٢) الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى ، العقود ، المرجـــع السابـــق ص ٥٧٥ •
وأنظر في نفس المعنى :
الدكتور على الفحام ، المرجع السابق ، ص ٣٤٣ ومابعدها •

(٣) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 546 et s.

الادارة المتعاقدة بمقتضى سلطتها فى الرقابة والتوجيه أثناء تنفيذ العقد، أو تلك الإجراءات الخارجة عن نطاق التنفيذ والتى لا تقصد الادارة من ورائها تغيير فى ظروف التنفيذ ولكن يترتب عليها على الرغم من ذلك تحميل المتعاقد بأعباء جديدة. (١) الا أن فريقا من الفقهاء قد ذهب الى أن نظرية عمل الأمير لا يمتد نطاق تطبيقها ليشمل الاجراءات التى تتخذها الادارة المتعاقدة بمقتضى سلطتها فى الرقابة والتوجيه (٢) ، وهو ذات المسلك الذى التزمه هذا الفريق من الفقه ، حيث استبعد من نطاق تطبيق تلك النظرية ممارسة الادارة لسلطتها فى تعديل العقد بارادتها المنفردة كما سبق أن ذكرنا . ويرتكز هذا الرأى الفقهي على أن عمل الأمير يجب أن يقتصر على ممارسة الادارة لسلطاتها الخارجة عن النطاق التعاقدي، أى تلك التى تتخذها الادارة بصفة أخرى غير تلك التى تعاقدت بشأنها (٣) .

---

(١) ومن هذا الرأى الاستاذ " دى لوبادير ". يراجع : مطوله فى العقود ، الجزء الثانى ، الطبعة الثانية ، المرجع السابق ص ٥٤٦ — والأستاذ الدكتور سليمان الطماوى ، العقود ، المرجع السابق ص ٥٧٥ ، وأيضا الدكتور على الغحام ، رسالته عن سلطة الادارة فى تعديل العقد الادارى ، المرجع السابق ، ص ٣٤٣ .

(٢) من هذا الاتجاه على سبيل المثال :

- **M.A. Flamme,** "Traité théorique et pratique des marchés publics", t. 2, Op. Cit., p. 638: "Contrairement à de Laubadère, nous considérons comme étrangères à la théorie les manifestations du triple pouvoir de contrôle, de surveillance et de direction de l'administration, ainsi que l'exercice de sa faculté de modification ou de résiliation unilatérale".

وانظر فى نفس المعنى :

- **J. Dufau,** Les concessions de service public, éd. du Moniteur, Op. Cit., p. 104.

(٣) - **F.P. Benoit,** Droit administratif, Op. Cit., p. 636.

وقد سبق أن انتقدنا هذا الاتجاه الذى يرمى الى تضييق نطاق تطبيق تلك النظرية (١) ٠

ومن خلال التطبيقات القضائية يدخل فى هذه الطائفة من الاجـراءات الخاصة على سبيل المثال :

أولا : اجراءات الرقابة والتوجيه أثناء تنفيذ العقد : (٢)

"Mesures de contrôle et de direction de l'exécution du contrat".

وهذه الاجراءات التى تؤثر على ظروف تنفيذ العقد تتيح للمتعاقد الذى أصابه ضرر من جرائها أن يطلب الحكم بالتعويض استنادا لنظرية عمل الأميـر ٠

---

(١) يراجع ص ١٧٥ من هذا البحث ٠

(٢) يراجع فى هذا الصدد فى الفقه الفرنسى :

- **G. Jèze,** Contrats, t. 1, Op. Cit., p. 431 et s.
- **A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé,** T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 411 et s.
- **A. Coudevylle,** "Les concessions de service public des collectivités locales", Sirey, 1983, p. 55 et s.
- **F. Llorens,** Thèse précitée, p. 34 et s.

وفى الفقه المصرى :

الاستاذ الدكتور سليمان الطماوى ،العقود ،المرجع السابق ، ص ٤١١ ومابعدها ٠

الأستاذ الدكتور محمود حلمى ، العقد الادارى ، المرجع السابـــق ، ص ٦٧ ومابعدها ٠

الدكتور احمد عثمان عياد ،مظاهر السلطة العامة فى العقود الاداريــة ، المرجع السابق ، ص ٢٨٧ ومابعدها ٠

ويشير الأستاذ " دى لوبادير " الى حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر فـــي قضية "Fromassol" [١] ـ والذي يتعلق بالنفقات التي تكبدهـــا أحد المقاولين المتعاقدين مع الدولة في عقد اداري وذلك اثر صدور قرار من وزيـر الحربية بزيادة تعريفة الأجور السارية لعمال المقاول ـ حيث أن المجلس قــد رفض الحكم بالتعويض استنادا الى أن قرار الوزير لم يكن إلا إنعكاسا للظـــروف الاقتصادية السائدة [٢] .

ثانيا : اجراءات البوليس: "Mesures de police"

على خلاف اجراءات الرقابة والتوجيه ، فان اجراءات البوليس لا تصدر عن جهة الادارة المتعاقدة بمقتضى سلطتها في التدخل أثناء تنفيذ العقد ، ولكـــن باعتبارها سلطة بوليس أى خارج النطاق التعاقدي،ومثالها الشائع في كتب الفقــه، الأوامر الصادرة من جهة الادارة ـ باعتبارها سلطة بوليس ـ للملتزم بنقـــل أسلاك الكهرباء الى أماكن أخرى لدواعي الأمن والحفاظ على سلامة الأفراد ولمصلحة شبكة الطرق [٣] . فهذه الاجراءات الصادرة في صورة قرار فردى تتيح للمتعاقد الذي أصابه ضرر من جرائها أن يطلب الحكم بالتعويض استنادا لنظرية عمل الأمير. الا أن مجلس الدولة الفرنسي لم يطرد على ذلك في جميع أحكامه الصادرة فـــي هذا الشأن ، ذلك أنه في بعض الحالات واستنادا الى اعتبارات مختلفة فـــان

---

(١) - C.E. 3 décembre 1920, Fromassol, R.D.P. 1921, p. 73.

(٢) مطوله في العقود ، الطبعة الثانية ، الجزء الثاني ، المرجع السابق ، ص ٥٢٣ ، ص ٥٤٧ .

(٣) - C.E. 22 mars 1944, Sté Energie èlectrique de la Basse-Loire, Rec. p. 95.

المجلس قد رفض التعويض[١] . فاما أن دفاتر الشروط قد تحمل المتعاقد مـــع الادارة النتائج المترتبة على هذه الاجراءات[٢] ، أو أن المتعاقد قد قصر فـــي الحصول على تصريح جهات الأمن لامكان قيامه بتنفيذ التزاماته العقدية[٣] .

وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن الأمر الصادر من وزير الداخلية بترحيل العمال الأجانب ، الذين استخدمهم المقاول لتنفيذ عقد أشغال للدولة لا يعطيه الحق في المطالبة بالتعويض ، لأنه وان كان استخدام الأيدي العاملة الأجنبيـة لم يكن ممنوعا في اشتراطات العقد ، الا أنه " يبقى على أية حال خاضعـــا لتنفيذ الاجراءات التي تستوجبها دواعي الامن العام "[٤] .

---

(١) يراجع في التفاصيل : مطول الأستاذ " دى لوبادير " ، العقـــود ، الجزء الثالث ، الطبعـــة الأولى ، المرجـــع السابق ، ص ٥٨ ، الطبعة الثانية ، ص ٥٤٨ .

(٢) على سبيل المثال :

- L'art. 31-4 du C.C.A.G. relatif aux marchés publics de travaux: "sauf stipulation différente du C.C.A.P., tout les mesures d'ordre de sécurité et d'hygiène prescrites ci-dessus sont à la charge de l'entrepeneur".

(٣) - C.E. 13 juillet 1955, Soc. National de Construction, Rec. p. 464.

(٤) - C.E. 29 avril 1898, Gilles et Bellet, S. 1900, 3, 45.

ثالثا : عمليات الأشغال العامة: "Opérations de travaux publics"

قد تقوم الجهة الادارية بأشغال عامة يترتب عليها أضرار للمتعاقد أثناء تنفيذ العقد ، وعندئذ يستحق المتعاقد تعويضا على أساس نظرية عمل الأمير اذا أهمل العقد تنظيم هذا الموضوع .(١)

ويشير الأستاذ " دى لوبادير " الى أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي قد شهد تحولا ملحوظا في هذا الصدد :(٢) ففي أحكامه الأولى أخذ المجلس في الاعتبار أهمية الأشغال والنتائج المترتبة عليها ومنح الحق في التعويض فقط لتلك الأشغال التي تجاوز بحسب طبيعتها أو بحسب أهميتها ماكان من الممكن أن يتوقعه المتعاقد عند ابرام العقد .(٣)

وفي مرحلة لاحقة أخذ المجلس بالتفرقة القائمة على أساس المصلحة الأولى بالحماية ، أي التفرقة بين الاشغال المنفذة لصلحة الدومين الذى يشغله الملتزم وبين الأشغال المنفذة لمصلحة أخرى .(٤)

---

(١) الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى ، العقود ،المرجع السابق ،ص ٥٧٥ .
وفي نفس المعنى : د. على الفحام ، المرجع السابق ، ص ٣٤٩ .

(٢) مؤلفه في العقود ، الطبعة الثانية ، الجزء الثاني،ص ٥٤٩ ومابعدها .

(٣) على سبيل المثال : حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٢٢ مارس سنة١٩٤٣ في قضية "Sté Energie électrique de la Basse-Loire", précité.

(٤) يراجع في هذا الشأن :

- **J. Dufau**, "Le domaine public", éditions du Moniteur, 1977, p. 356 et s.: "L'occupant doit supporter sans indemnité les conséquences dommageables des travaux publics entrepris dans l'intérêt du domaine occupé. En revanche l'administration doit prendre à sa charge les dommages résultant de travaux exécutés dans un intérêt autre que celui du domaine occupé".

فالطائفة الأولى من الاشغال لا تكون محلا للتعويض مهما كانت أهميتها وحتى ولو كانت غير متوقعة بصفة مطلقة عند ابرام العقد (١) ، أما الثانية فتفتح أمام المتعاقد دائما الحق في التعويض (٢) .

رابعا : الاعمال المادية الصادرة عن الادارة المتعاقدة :

"Opérations matérielles"

طبقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسي فان الاعمال المادية التي تقوم بها الادارة ويترتب عليها ضرر للمتعاقد معها ، من شأنها أن تفتح الباب أمامه للحصول على تعويض استنادا لنظرية عمل الأمير ، شأنها في ذلك شأن القرارات الصادرة من الجهة الادارية المتعاقدة (٣) .

---

(١) - C.E. 6 février 1981, Min. de l'équipement et de l'aménagement du territoire c/Cie française de raffinage et autres, Rec. p. 62.

(٢) - C.E. 4 décembre 1968, Ville de Bordeaux c/Sté Menneret et Cie, Rec. p. 217.

(٣) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 550.

ويراجع حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٢٣ ابريل سنة ١٩٤٨ في قضية **"Ville d'Ajaccio"** حيث قضى المجلس بأن الارهاق الذى أصاب المتعاقد كان بسبب " تنفيذ المدينة لانشاءات جديدة ، فرضت على الشركة ازديادا ملحوظا في النفقات " .

ويشير أستاذنا العميد الدكتور الطماوى الى أن هناك بعض الحـــالات يمكن أن تندرج فى مجال الاجراءات الخاصة التى تؤثر على ظروف تنفيذ العقـــد، وعلى الرغم من ذلك لم يعوض عنها مجلس الدولة الفرنسي (١) . ودون الدخـــول في التفصيلات التيتزخـــر بها كتب الفقـــه في هذا الصدد ، فان الأستـــاذ " دى لوبادير " بفسر موقف مجلس الدولة الفرنسى تفسيرا منطقيا (٢) ، يقـــوم على أساس أن المجلس قد قدر فى بعض الحالات تخلف هذا الشرط أو ذاك مـــن شروط تطبيق النظرية (٣) .

وفي حالات أخرى فان رفض التعويض يمكن تبريره على أساس أن الضـــرر المدعى به لم يكن مباشرا (٤) . وعلى أية حال ففى مثل هذه الحالات التى لـــم تتوافر فيها شروط تطبيق نظرية عمل الأمير فان المتعاقد أمامه فرصة الاستفادة من نظرية الظروف الطارئة اذا توافرت شروط تطبيقها .

---

(١) مؤلفه في العقود ، المرجع السابق ، ص ٥٧٦ ومابعدها .

(٢) مطوله فى العقود ، الطبعة الأولى ، الجزء الثالث ، المرجع السابـــق ، ص ٦٠ ومابعدها ــ الطبعة الثانية الجزء الثانى ، ص ٥٥٠ ومابعدها .

(٣) على سبيل المثال من أحكام مجلس الدولة الفرنسي التى رفض فيهـــا التعويض لتخلف شرط عدم التوقع :
يراجع : حكم المجلس الصادر في ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥١ في قضيـــة **"Durand et Poitevin"** المجموعة ص ٦١٧ .

(٤) على سبيل المثال : حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١٣ فبرايـــر سنة ١٩٢٤ في قضية **"Grand Champ"** المجموعـــــــة ص ١٧٧ .

الفــــرع الثانـــــــــى

عمل الأمير فى صورة اجراء عـــــــام

يقصد بالاجراء العام ، صدور قوانين أو لوائح من جهة الادارة المتعاقدة يكون من شأنها زيادة أعباء المتعاقد[1] ، بما قد تؤدى اليه من تعديل مباشر فى شروط العقد أو بتأثيرها على ظروف التنفيذ الخارجية . وبالطبع فان عمومية هذه الاجراءات تجعل الأمر أكثر صعوبة أمام المتعاقد الذى أصابه ضرر مـــن جرائها ، ذلك أن تحقق المسئولية العقدية للادارة المتعاقدة فى هذه الحالـــة أدق وأضيق نطاقا عنها فى حالة الاجراءات الخاصة[2] .

ولعل هذا هو الذى دفع مفوض الحكومة " لاتورنيـــرى " الى انكـــــار تطبيق نظرية عمل الأمير فى هذه الحالة . ففي تقريره الذى قدمه الى مجلـــس الدولة الفرنسى فى قضية "Cie des scieries africaines"[3] أكد على أنه " عندما لا يصيب الاجراء الا المتعاقد مع الدولة وعندما يكـــــون الاجراء خاصا به ، فان ذلك قد يدعو الى تطبيق نظرية عمل الأمير، وعلـــــى العكس عندما يكون الفعل فى صورة اجراء عام ، عندما يتجاوز بوضوح الموقـــف

---

(١) الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى ، العقود ، المرجع السابق ، ص٥٨٠.

(٢) - P. Delvolvé, "Responsabilité contractuelle", Op. Cit., p. 32 et s.

(٣) - Latournerie, Concl. sous C.E. 9 mars 1928, Cie des scieries africaines, R.D.P. 1928, p. 326.

الخاص بالمتعاقد ، وعندما يشمل الاجراء كل الاقليم أو على الأقل طائفة من المجتمع ، كمبدأ لا تطبق النظرية • وعلى وجه آخر لا تطبق النظرية الا في حالتين ،الأولى : عندما يتوقع العقد هذا الاجراء ويقرر للمتعاقد الحق، في التعويض الكامل • والثانية : اذا كان الظرف غير متوقع واختلت اقتصاديات العقد، ومن هنا نعود الى نظرية الظروف الطارئة ، حيث أن نظرية عمل الأمير لا تطبق الا على الاجراء الخاص " •(١)

بالطبع فان وجهة النظر هذه لا يمكن التسليم بها ، فالتعويض الكامل تطبيقا لنظرية عمل الأمير قضى به كل من مجلس الدولة الفرنسي والمصري في حالات عديدة بمناسبة الاجراءات العامة(٢) • ولادراك ذلك يجب التمييز بين الاجراء

---

(١) يعلق الأستاذ الدكتور الطماوى على وجهة النظر هذه التي أبداها المفوض " لاتورنيري " بقوله :" ان هذا الرأى غير صحيح ولا يؤيده قضاء مجلس الدولة الفرنسي ، وان كانت تطبيقات نظرية عمل الأمير هنا أقل منها في الحالات السابقة ••• "

يراجع مؤلفه في العقود ، المرجع السابق ص ٥٨٠ •

(٢) يراجع على سبيل المثال من أحكام مجلس الدولة الفرنسي :

- C.E. 28 avril 1939, Cie des chemins de fer de l'Ouest, R.D.P. 1940, p. 58, concl. Josse, note Jèze.

ومن أحكام مجلس الدولة المصرى :

حكم محكمة القضاء الادارى الصادر في ٣٠ يونيه سنة ١٩٥٧ في القضية رقم ٩٨٣ لسنة ٩ ق ـ سبقت الاشارة اليه •

الذي يمس نصوص العقد ذاته وذلك الذي يؤثر فقط على ظروف التنفيذ • (١)

---

(١) يجدر الاشارة الى أننا التزمنا في تناولنا للصور التي يتخذها عمل الأمير للتقسيم الذي التزمه غالبية الفقه الفرنسي والمصري ، من زاوية تأثير الاجراء على نصوص العقد بالتعديل ، أو تأثير الاجراء على ظروف التنفيذ دون أن يتعدى أثره المساس بنصوص العقد • ويتزعم هذا التقسيم المنهجي في فرنسا الأستاذ " دى لوبادير "وفي مصر الأستاذالدكتور سليمان الطماوى • الا أن الأستاذ "Ph. Terneyre" في رسالته السابق الاشارة اليها " المسئولية العقدية للأشخاص العامة في القانون الاداري " ، التزم منهجا غير تقليدي في تناوله لهذا الموضوع،حيث تناول بالدراسة الاجراءات العامة في نطاق عمل الأمير من زاوية العضو الذي يتخذ الاجراء بصرف النظر عن طبيعة الاجراء ومدى تأثيره على نصوص العقد أو ظروف التنفيذ • وتأسيسا على ذلك فقد تناول بالدراسة الاجراءات العامة على النحو التالي : أولا : الاجراءات العامة التي لا يمكن أن تصدر الا عن الدولة ، ويقصد بها :

أ ـ الأعمال التشريعية •

ب ـ أعمال السيادة •

ثانيا : الاجراءات العامة التي يمكن أن تتخذها جميع الاشخاص العامة، ويقصد بها :

أ ـ اجراءات البوليس الاداري •

ب ـ اجراءات البوليس الاقتصادي • (يراجع ص ٢٨٢ ومابعدها من رسالته السابق الاشارة اليها) .ونحن من جانبنا نفضل التزام المنهج الذي سار عليه معظم الفقهاء لدقته وشموله وتناوله لكافة عناصر الموضوع بما يخدم الدراسة التي نحن بصددها •

أولا : الاجراءات العامة التى تؤدى الى تعديل فى شروط العقد : (١)

ان المتعاقد مع الدولة يمكنه الحصول على تعويض للأضرار التى أصابته من جراء ما يؤدى اليه العمل التشريعى من تعديل مباشر فى شروط العقد سواء أكان ذلك بتعطيل بعض شروطه أو بتعديل فحواها أو حتى انهاء العقد قبل الأوان . (٢)

ولا صعوبة فى الأمر اذا نص القانون ذاته على تعويض المتعاقد الضار، وأيضا بالمقابل فان نظرية عمل الأمير لا يكون لها محلا من التطبيق اذا استبعد القانون مبدأ التعويض عن الأضرار التى قد تنجم عن تطبيقه وتأثيرها على المراكز التعاقدية . (٣)

وبالطبع فان مجلس الدولة الفرنسى لا يملك الا احترام ارادة المشرع، فلا شأن له ومدى دستورية القوانين الصادرة فى هذا الشأن ، كما هو الحال بالنسبة لسائر الجهات القضائية فى فرنسا ، وبعكس ماهو

---

(١) "Mesures générales touchant aux dispositions mêmes du contrat".

(٢) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 529 et s.

(٣) - Ph. Terneyre, Thèse précitée, p. 283 et s.

مقرر في مصر (١). واذا نظرنا للتطبيقات القضائية ، نجد أن مجلس الدولـــــة الفرنسي في حكم قديم له صادر في ١٩ نوفمبر سنـــــة ١٩٠٩ في قضيـــــة "Zeilabadine" (٢) قضى بتعويض بعض المتطوعين في الجيـــش ، الذين فسخت عقودهم تطبيقا لمرسوم صدر بحل الفرقة التي كانوا قد الحقـــوا بها . ومن الأحكام الشهيرة التي تشير اليها كتب الفقه ، حكم مجلس الدولـــة

---

(١) الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي ، العقود ، المرجـــع السابـــق ، ص ٥٨٣ .

ويراجع في خصوص رقابة دستوريـــة القوانين في كل من فرنســـا ومصر وبعض الأنظمـــة العربية : الأستاذ الدكتور رمزي طـــــه الشاعر ، النظريـــة العامة للقانون الدستوري ، المرجع السابـــق ، ص ٤٥٣ ومابعدها .

وفي الفقه الفرنسي :

- B. Chantebout, "Droit constitutionnel et science politique", éd. du A. Colin, Paris, 7e éd., 1986, p. 51 et s.

ويراجع في شأن مدى مشروعية القوانين الصادرة من الادارة المتعاقدة في هذا الخصوص : رسالة الأستـــاذ الدكتور ثـــروت بـــدوي ، نظريـــة عمل الأميـــر ، المرجـــع السابـــق ، ص ١٠٥ ومابعدهـــا .

(٢) منشور بمجموعـــة " سيري " سنـــة ١٩١٠ ، القسم الثالـــث ص ١ مع تعليق الفقيه " هوريو " .

الفرنسي الصادر في ٢٨ ابريل سنة ١٩٣٩ في قضية "Cie des chemins de fer de l'Ouest" (١) والذي قضى فيه المجلس بأن المرسوم بقانون الصادر في ١٦ يوليو سنة ١٩٣٥ والذي بمقتضاه تم تخفيض نفقات الدولة في كافة المجالات بنسبة ١٠٪، يلزم معه تعويض شركة سكك حديد الغرب عن الاضرار التي أصابتها من جراء تخفيض قيمة الاقساط التي كانت تتقاضاها من الدولة ، تعويضا كاملا على أساس نظرية عمل الأمير. وبذات النهج أيضا قضى مجلس الدولة الفرنسي بتعويض الأضرار الناجمة عن الاجراءات اللائحية الصادرة عن الادارة المتعاقدة والتي تم بمقتضاها انهاء بعض عقود شراء الكحوليات قبل الأوان . (٢)

---

(١) منشور في مجلة القانون العام الفرنسية ، سنة ١٩٤٠ ، ص ٥٨ ، مع تقرير المفوض "Josse" وتعليق الفقيه " جيز". ومما هو جدير بالذكر أن مجلس الدولة الفرنسي رفض تعويض الملتزم لشركة السكك الحديدية المحلية في حكمه الصادر في ٢١ مارس سنة ١٩٤٤ في قضية "Cie des chemins de fer de Belfort" (المجموعة ص ١٠٦) وذلك على الرغم من أن المرسوم الصادر سنة ١٩٣٥ قد الحق بالملتزم ضررا بمقتضى تخفيض نفقات الدولة بنسبة ١٠٪ . الا أن ذلك الرفض من جانب المجلس ـ حسبما يرى الأستاذ دى لوبادير ـ لا يعد تحولا في قضاء المجلس في هذا الشأن حيث أن المجلس قد قدر عدم توافر شروط تطبيق نظرية عمل الأمير حيث أن العقد لم يكن مبرما مع الدولة مصدرة المرسوم مسبب الضرر ولكن كان التعاقد مع احدى المقاطعات ، وبذلك تخلف شرط صدور الفعل المسبب للضرر من الجهة الادارية المتعاقدة . يراجع في التفاصيل مطول الأستاذ " دى لوبادير " في العقود، الجزء الثاني ، الطبعة الثانية ، المرجع السابق، هامش ص ٥٣٠.

(٢) على سبيل المثال من قضاء مجلس الدولة الفرنسي:
C.E. 2 mai 1958, Distillerie de Magnac-Laval, Rec. p. 246; D. 1958 . 730, note De Laubadère; 15 juillet 1960, Société des alcools du Vexin et ministre des finances c/société: "Distillerie de la Croix Rouge", Rec. p. 451.

ثانيا : الاجراءات العامة التي تعدل في ظروف التنفيذ الخارجية : (١)

عندما لا ينصب الاجراء التشريعي أو اللائحي على نصوص العقد ذاتــه وانما يقتصر أثره على التأثير في ظروف تنفيذه الخارجية بما يجعله أكثر مشقــة على المتعاقد ، فان مشكلة تطبيق نظرية عمل الأمير تصبح أكثر دقة ، كمــا أن الأحكام القضائية يصعب تفسيرها في اتجاه مبادىء ثابتة • (٢)

واذا كان الأصل في قضاء مجلس الدولة الفرنسي ، أن هذه الاجــراءات لا تعطى حقا في التعويض الكامل على أساس نظرية عمل الأمير الا في أضيــق الحدود ، فان ذلك يرجع ــ كما يلاحظ الأستاذ "ديلفولفي" ــ الى أن شــرط المسئولية العقديــة يكمن في درجة العلاقة بين الاجراء الذى سبب الضــرر والعقد الذى تأثر بهذا الاجراء• (٣)

ولهذا نجد أن الصيغة التقليدية التي يجرى بها قضاء مجلس الدولــة الفرنسي في الحالات التي رفض فيها تعويض المتعاقد ، تؤكد على أن "النفقــات الاضافية التي تكبدها المتعاقد ، انما اصابته في ذات الظروف الخاصة بسائــر المواطنين ، ومن ثم فانه لا يستحق عنها تعويضا الا اذا أدت الى قلــب اقتصاديات العقد".

---

(١) - "Mesures générales touchant aux conditions d'exécution du contrat".

(٢) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 531 et s.

(٣) - P. Delvolvé, "Responsabilité contractuelle", Op.Cit., p. 33 et s.

ولقد سبق أن تعرضنا للخلاف الفقهي في تحديد مدلول هذه الصيغة التي درج عليها قضاء مجلس الدولة الفرنسي وانتهينا الى تأييد الرأى الذى يفسر عبارات المجلس على أنها إحالة لنظرية الظروف الطارئة (١).

ومن خلال التطبيقات القضائية لمجلس الدولة الفرنسي نجد أن المجلس قد رفض التعويض على أساس نظرية عمل الأمير في الحالات التالية :ـ

١ ـ في مجال الاجراءات الضريبية : **"Les mesures fiscales"**

ان فرض ضرائب جديدة او زيادة فئاتها ، لا يمكن معه للمتعاقد مع الادارة أن يطلب تعويضا عن النفقات الزائدة التي يتكبدها من جراء ذلك . فالمقصود بها تكاليف عامة على الكافة ، الا اذا أدت بالطبع الى قلب اقتصاديات العقد ، فانها يمكن ان تبرر طلب التعويض استنادا لنظرية الظروف الطارئة (٢).

---

(١) يراجع ص ٢٩٢ من هذا البحث .

(٢) على سبيل المثال فيما يتعلق بانشاء أو زيادة ضرائب على الانتاج ، يراجع من قضاء مجلس الدولة الفرنسي :

- C.E. 26 janvier 1940, Soc. anonyme des usines Motobloc, Rec. p. 35; 5 avril 1944, Jourdan, Rec. p. 402; 22 février 1946, Éts. Bizouard Goubert, Rec. p. 432; 9 mai 1947, Éts. Paul Lapra, Rec. p. 183; 17 juillet 1950, Chouard, Rec. p. 444.

٢ــ في مجال الاجراءات الاجتماعية: "Les mesures sociales"

من آن لاخر تصدر بعض التشريعات التي تستهدف تحسين الأحـــوال المعيشية وظروف العمل للطبقة العمالية ومثالها التشريعات الخاصة بزيـــادة أجر الأيدى العاملة أو تلك المتعلقــة بالتأمين ضد اصابات العمل .

ومن ناحية أخرى قد يترتب على صدور مثل هذه التشريعات ذات البعـــد الاجتماعي ، زيادة أعباء تنفيذ بعض العقود بما تؤدى اليه من زيادة النفقـــات بصورة لم تكن متوقعة أثناء ابرامها،وهذه التشريعات شأنها شأن التشريعـــات الضريبية لا تتيح للمتعاقد الضار من جراء تأثيرها على ظروف تنفيذ العقـــد، طلب التعويض استنادا لنظرية عمل الأمير.(١) وهذا هو ما انتهى اليـــه رأى

---

(١) وتطبيقا لذلك رفض مجلس الدولة الفرنسي طلبات التعويض عن الاعبــاء والتكاليف الاضافيـــة التي فرضها القانون الصادر في ٩ ابريل سنـــة ١٨٩٨ الخاص بحوادث العمل . ومن قضائـــه في هذا الشـــأن:

- C.E. 10 janvier 1908, Noiré et Beyssac, Rec. p. 20.

أيضا رفضه التعويض عن الأعباء التي ترتبت على صدور قوانين التأمينـــات الاجتماعية الصادرة عام ١٩٢٨ ، ١٩٣٠.من ذلك :

- C.E. 14 février 1936, Ville de Paris, S. 1936, 3, 81, note Alibert; 23 décembre 1941, Hospices de Vannes, Rec. p. 244.

كذلك رفضه التعويض عن الأعباء الناجمة عن تحديد عدد ساعات العمـــل الاسبوعي بأربعين ساعة بناء على القوانين الاجتماعية الصادرة عـــام ١٩٣٦. يراجع في هذا الصدد :

- C.E. 28 décembre 1938, Chabrat, Rec. p. 996.
- C.E. 1er février 1939, Léostic, Rec. p. 53.

الجمعية العمومية للقسم الاستشارى بمجلس الدولة المصرى،حيث رفضت فى فتواها الصادرة في ٢٠ يوليو سنة ١٩٦٠ طلبات التعويض عن التكاليف الاضافية المترتبة على تطبيق قانون العمل الموحد رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ (١) .

وفي ذات الاتجاه فتواها الصادرة فى ١٠ فبراير سنة ١٩٦٥ ، حيث رفضت اعتبار القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ الخاص بالتأمينات الاجتماعية ــ فيما ترتب عليه من زيادة فى أعباء شركات المقاولات عن عمال المقاولات وعمال التراحيل والعمال الموسميين الذين تستخدمهم وذلك كاشتراكات فى التأمينات الاجتماعية ــ من قبيل الاجراءات العامة التى تؤدى الى تطبيق نظرية عمل الأمير. (٢)

٣ ــ فى مجال الاجراءات الاقتصادية والنقدية:

"Les mesures économiques et monetaires".

ومثالها التشريعات الخاصة بتنظيم الاستيراد والتصدير والتشريعات التى تصدر بغرض تثبيت الأسعار وأيضا تلك المتعلقة بالنظم النقدية وأسعار العملات وعلاقتها بالعملات الأجنبية الأخرى .

فى هذا الصدد يشير الأستاذ "Llorens" الى أنه من الناحية النظرية قد تتوافر شروط تطبيق نظرية عمل الأمير بالنسبة للاجراءات العامة الصادرة من السلطة الادارية المتعاقدة فيما يتعلق

---

(١) فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشارى رقم ٦٠٤ الصادرة فى ٢٠ يوليو ١٩٦٠ ــ سبقت .

(٢) فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشارى رقم ٢٩٧ الصادر فى ١١ مارس سنة ١٩٦٥ ،مجموعة السنة ١٩ ص ٣٠٩ ، مجموعة العقود فى خمسة عشر عاما ــ المبدأ ٩٨ ص ١٨٠.

بالاجراءات التي تمس ظروف التنفيذ ، الا أنه يستحيل في التطبيق العملي أن تجد نظرية عمل الأمير مجالا للتطبيق ، وان كان من الممكن للمتعاقد أن يستند لنظرية الظروف الطارئة اذا اجتمعت شروط تطبيقها (١) . وقد رفض مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في ٢ مارس سنة ١٩٧٧ في قضية "Soc. Leflon et Cie et Hoeltgen" تعويض شركة ارتبطت بعقد توريد مع وزارة الدفاع الوطني ، ومنيت بخسائر نتيجة رفع الاسعار المتلاحق من جراء انخفاض قيمة الفرنك في أغسطس سنة ١٩٦٩ (٢) .

وقد أفتى قسم الرأي مجتمعا في ١٧ يونيه سنة ١٩٥٤ بأن قرار مجلس الوزراء الصادر بتخفيض قيمة الجنية المصري بالنسبة للدولار يعتبر " حادثا استثنائيا في حكم المادة ٢/١٤٧ من القانون المدني " . (٣) وهو مايعني رفض

---

(١) - **F. Llorens**, "Les variations monetaires et la responsabilité administrative", Les Petites Affiches, 27 juin 1983, pp. 6-13.

(٢) المجموعة ص ٨٩٠ . وقد جاء بهذا الحكم: " ان زيادة سعر المنتجات الحديدية من الممكن اعتبارها من المخاطر التي يجب ان تبقى على عاتق المتعاقد ، والذى لا يوجد في هذا الخصوص في موقف مغاير لبقية الصناع الاخرين . ومن ناحية أخرى فان النفقات الاضافية التي تحملها المتعاقد لم تعدل من اقتصاديات العقد بدرجة تتيح للشركة الحق في التعويض استنادا لنظرية الظروف الطارئة " .

(٣) فتوى قسم الرأي مجتمعا رقم ٣٦٠ الصادرة في ١٧ يوليو سنة ١٩٥٤ ، سبقت الاشارة اليها .

اعتبار هذا الاجراء العام من قبيل عمل الأمير والاحالة لنظرية الظـــــــروف الطارئة . (١)

الا أنه اذا كان المبدأ أن الاجراءات ذات الطبيعة العامة التى تؤثـــــر على ظروف تنفيذ العقد الادارى لا يتاح لها من الناحية العملية أن تؤدى الـــى تطبيق نظرية عمل الأمير، الا أن ذلك المبدأ يرد عليه بعض الاستثناءات (٢).

وبصرف النظر عن حالة التعويض المنصوص عليه فى القانون أو فى العقـد، باعتباره نزولا على ارادة المشرع أو المتعاقدين ، فان مجلس الدولة الفرنسى قـد منح التعويض استنادا لنظرية عمل الأمير فى بعض الحالات الاستثنائية. الا أنـه يصعب القول بوجود معيار قاطع فى هذا الشأن يجمع عليه الفقه والقضـــاء (٣). الا أن الفكرة الغالبة التى تبرز من خلال فحص الأحكام الصادرة فى هـــذا الخصوص ، ومن خلال تقارير مفوضي الحكومة التى استلهمتها هذه الأحكــــام، هى أنه مع عمومية التأثير الذى يترتب على القوانين واللوائح والتى قد ينجم عنهـا من خلال التطبيق صعوبة وارهاقا فى تنفيذ بعض العقود الادارية ، فانهـــا

---

(١) الأستاذ الدكتور سليمـان الطماوى ،العقود،المرجع السابق ، ص ٥٨٨.

(٢) - A. De Laubadère, J.C. Venezia, Y. Gaudemet, T.D.A., 10e éd., t. I, Op. Cit., p. 634.

(٣) الأستاذ الدكتور سليمـان الطماوى ، العقود ، المرجـع السابـــق ، ص ٥٨٩ ومابعدها .

وفى نفس المعنى :

الدكتور على الفحام ، سلطـة الادارة فى تعديل العقد الادارى ،المرجع السابق ص ٢٧٣ ومابعدها.

قد تتيح للمتعاقد الحق في التعويض الكامل ، اذا أثرت هذه الاجراءات علــى مسألة يمكن اعتبارها أساسية أو حاسمة في ابرام العقد ، مسألة هي التي دفعت الفرد الى أن يقرر الدخول في تلك الرابطة العقدية. عندما يبدو أيضــا أن المتعاقد ماكان ليقبل ان يرتبط الا من خلال اعتبارات وظروف خاصة كانــت ماثلة امامه لحظة ابرام العقد. فاذا ماترتب على هذا الاجراء العام أن تغيــرت الظروف التي قبل فيها الفرد التعاقد ، فان النتائج المالية لهذه التعديلات يجب تأسيسا على فكرة التعاون بين أطراف الرابطة العقدية ، ان تكون على عاتــق الادارة المتعاقدة (١).

ولقد سبق أن تعرضنا لأهم المعايير أو التوجهات التي اقترحها الفقــه في هذا الصدد (٢). وبالرجوع الى أحكام مجلس الدولة الفرنسي ، نجــد أنه قد سمح بتطبيــق نظرية عمل الأمير على هذه الاجراءات العامة في الحــالات التالية :

---

(١) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 536.

ويراجع حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٧ مايو سنة ١٩٨٢ فــي قضية "Sté Paris Parking" سبق ذكره. وقد جاء به :

"La décision ... n'a pas modifié un élément essentiel du contrat et n'est par suite pas de nature à ouvrir à la requérante un droit à indemnité".

وأيضا حكم محكمة القضاء الاداري المصرية الصادر في ١٦ يونيــــه سنة ١٩٦٣ ، س ٩ ق . وقد جاء به " ولئن كانت الزيادة الطارئــة على أسعار السولار اجراءً عاما لا يمس شروط عقد الشركة المدعية وانما يؤثر في ظروف تنفيذه... فان القاعدة ، أنه رغم عمومية الاجراء الــذي من شأنه جعل تنفيذ الالتزام اشد صعوبة وأكثر تكلفة ، فان المتعاقــد مع الادارة لا يستحق عنه تعويضا كاملا ، الا اذا كان هذا الاجــراء يمس شرطا جوهريا كان هو الدافع لابرام العقد ".

(٢) يراجع ص ٢٢٠ من هذا البحث .

١ ـ في مجال الرسوم والعوائد :

اذا كان مجلس الدولة الفرنسي يرفض تطبيق نظرية عمل الأمير بالنسبة للأضرار التي تترتب على صدور التشريعات المتعلقة بفرض ضرائب عامة جديدة أو زيادة شرائحها ، الا أن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة للضرائب غير المباشرة التي تفرض على مادة أولية أو منتج وسيط يعتبر لازما وضروريا لتنفيذ العقد. ففي هذه الحالة فان القانون الصادر قد مس الغرض الأساسي للعقد وأثر على الظروف التي كانت موضع اعتبار عند ابرام العقد .

ومعظم التطبيقات في هذا الصدد تتعلق بحالة الرسوم التي تجبيها البلديات والتي يطلق عليها اصطلاح "Droits d'octroi" (١) فاذا أنشأت احدي البلديات رسوما جديدة أو رفعت من فئاتها ونجم عن ذلك زيادة أسعار المواد الأولية اللازمة لتنفيذ العقد ، فان مجلس الدولة الفرنسي يقضي بالتعويض الكامل على أساس نظرية عمل الأمير . (٢)

ونفس المبدأ التزمه المجلس فيما يتعلق بالرسوم الجمركية (٣) "Droits de douane" وأيضا بالنسبة لما يطلق

---

(١) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 538.

ويراجع حكم المبدأ فى هذا الخصوص :

- C.E. 29 décembre 1905, Bardy, Rec. p. 1014, Concl. Romieu.

(٢) الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى ، العقود ، المرجع السابق ، ص ٥٩٢ .

(٣) - C.E. 31 mai 1918, Degraeve, Rec. p. 527.

عليه ضرائب الدخولية "Droits de péage" التي تفرض على انتقال السلع في نطاق حدود احدى المدن أو القرى وتتقرر لصالحها • (١)

٢ ــ في مجال اجراءات الاقتصاد الموجه :

أقر مجلس الدولة الفرنسي تطبيق نظرية عمل الأمير عندما يترتب على الاجراءات الصادرة من جهة الادارة في مجال الاقتصاد الموجه أن يصبح تنفيذ المتعاقد لالتزاماته العقدية أكثر ارهاقا (٢) •

والمجال الخصب لهذه الاجراءات يتعلق باجراءات تنظيم الأسعار، فاذا رفعت الادارة الأسعار السائدة وقت التعاقد عند ابرام عقود التوريد، فان ذلك يتيح للمتعاقد المضار المطالبة بالتعويض استنادا لنظرية عمل الأمير • (٣)

---

(١) - C.E. 20 mai 1904, Cie marseillaise de navigation, Rec. p. 425, Concl. teissier.

(٢) - **Ph. Terneyre**, Thèse précitée, p. 292 et s.

(٣) - C.E. 28 novembre 1924, Tanti, Rec. p. 940; R.D.P. 1925, p. 76, Concl. Mazerat.

ويشير الأستاذ "**Ph. Terneyre**" الى حكمين لمجلس الدولة الفرنسي يؤكدان أن اجراءات الاقتصاد الموجه ، يمكن أن تكون مصدرا لالتزام الادارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المضار، من جراء هذه الاجراءات على أساس نظرية عمل الأمير :

الحكم الأول صادر في ٧ اكتوبر سنة ١٩٧٠ في قضية "**Lavigne**" (المجموعة ص ١٠٩٧) ويتعلق بالاجراءات الصادرة بالغاء مساعدات التصدير "**Suppression de l'aide à l'exportation**" عندما تكون هذه المساعدات هي التي دفعت الفرد الى ابرام العقد •

والحكم الثاني صادر في ١٣ مايو سنة ١٩٧٧ في قضية "**Cie Financière et Industrielle des Autoroutes**" =

ومما يجدر الاشارة اليه فى هذا الصدد ، أنه اذا كانت معظم تطبيقات نظرية عمل الأمير فيما يتعلق بالاجراءات العامة ، تتعلق بموقف ايجابى من السلطات العامة يتمثل فى اصدار اجراء عام جديد ، فان مجلس الدولة الفرنسى قد مد نطاق تطبيق تلك النظرية ليشمل أيضا الموقف السلبى للجهة الادارية اذا امتنعت عن تطبيق القوانين واللوائح التى يتعين تطبيقها والمنصبة على عنصر جوهرى فى العقد ، وما يؤدى اليه هذا الموقف السلبى من جعل تنفيذ الالتزامات العقدية أكثر ارهاقا للمتعاقد (١) .

ويطلق الأستاذ " بيكينو " على هذا الموقف السلبى اصطلاح " عمل الأمير السلبى " "La fait du prince négatif" (٢)

واذا كنا قد تعرضنا للحالات التى رفض فيها التعويض وتلك التى قبل فيها المجلس طلبات للتعويض ، فهل يمكن أن تطبق نظرية عمل الأمير عندما يكون

= (المجموعة ص ٢١٩)

ويتعلق بالاجراءات الصادرة بتجميد سعر رسوم المرور والعبور على اساس المرسوم الصادر فى ٣٠ يونيه ١٩٤٥ مما أضر بالشركات صاحبة امتياز الطرق السريعة — يراجع فى التفاصيل رسالته السابق الاشارة اليها،ص ٢٩٣ و ص ٢٩٤ .

(١) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., pp. 540-541.

(٢) - G. Péquignot, J.C.A., ancien, Fasc. 511, nº. 280: "Le fait du prince négatif: il s'agit de l'atteinte portée au contrat du fait de l'abrogation ou de la non application d'un texte legislatif ou réglementaire sur l'application du quel le cocontractant avait pu compter".

=

الاجراء الذى سبب الضرر ناتج عن تطبيق اتفاقيـة دولية ارتبطت بها الدولة؟ وبصفة عامة هل يمكن تطبيق النظرية اذا كان الاجراء مما يندرج فى طائفـة أعمال السيادة ؟ (١) بداية يمكن القول بأنه منذ حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٣٠ مارس سنة ١٩٦٦ فى قضية "Cie générale d'énergie radio-électrique" (٢)، فان عقبة اعمـال

---

* ويراجع تطبيقـا لفكرة عمل الأمير السلبى حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٤ فى قضيـة "Ville de Dieppe" المنشور فى مجلة القانون العام، سنـة ١٩٢٥ ، ص ٦٥ مع تقرير المفوض "Rivet"

(١) يراجع فى شأن نظرية أعمال السيادة :
الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى ، الوجيـز فى القضـاء الادارى ، ١٩٨٢ ص ١٣٧ ومابعدها .
الاستاذ الدكتور مصطفى أبوزيد فهمى ، القضاء الادارى ومجلس الدولة ، المرجع السابق ص ٤٧٧ ومابعدها والمراجع التى اشار اليها .
الاستاذ الدكتور محمد مرغنى خيرى ، القضاء الادارى ومجلس الدولـة الجزء الأول ، الطبعة الثانية ١٩٩٠ ، ص ٥٥ ومابعدها .

(٢) - C.E. 30 mars 1966, Rec. p. 257; G.A.J.A., 7e éd., p. 534, Observation Long, Weil et Braibant; R.D.P. 1966, p. 774, Concl. Michel Bernard; et p. 955, note Waline; A.J.D.A. 1966, 582, note Lachaume; C.E. 29 octobre 1976, Dame Burgat, Rec. p. 452.

السيادة أمكن التغلب عليها فى مجال المسئولية غير العقدية حيث قضى المجلس في عبارات واضحة صريحة بأن " مسئولية الدولة يمكن أن تتقرر على أساس مساواة الأفراد أمام التكاليف العامة وذلك لتعويض الضرر الناشئ عن الاتفاقيات المبرمة بين فرنسا والدول الأخرى ، والتى اندمجت فى النظام القانونى الداخلى ، شريطة ألا تكون الاتفاقية ذاتها أو القانون الذى بناء عليه تم التصديق عليها ، قد منع أية امكانية للتعويض ، ومن ناحية أخرى أن يكون الضرر المطلوب التعويض عنه من الجسامة بدرجة كافية وذى طبيعة خاصة"(١).

واذا كان مجلس الدولة الفرنسى قد رفض تطبيق نظرية عمل الأمير فى حكمه الصادر فى قضية "Sté indochinoise d'électricité"(٢) حيث قضى بأن تنازل الدولة عن سلطات الادارة فى اقليم "Kouang Tchéou wan" ، وما ترتب على ذلك من صعوبات تنفيذ عقد الالتزام الذى ارتبطت به مع الشركة المدعية ، فان ذلك لا يؤدى الى تطبيق نظرية عمل الأمير، حيث أن الاجراء الذى سبب الضرر ناتج عن اتفاقية دولية والتى ليست من طبيعة أن تؤدى الى مسئولية الدولة فى علاقاتها التعاقدية مع الشركة المدعية - الا أن هذا الحكم يمكن تجاوزه بعد أن

---

(١) - "La responsabilité de L'État est susceptible d'être engagée, sur les fondement de l'égalité des citoyens devant les charges publiques, pour assurer la réparation de préjudices nés de conventions conclues par la France avec d'autres États...".

(٢) - C.E. 13 juillet 1961, Rec. p. 519; A.J.D.A. 1961, p. 473, Chron. Galabert et Gentot.

سمح مجلس الدولة الفرنسي بتقرير مسئولية الدولة دون خطأ خارج النطــاق التعاقدي في حكمه الصادر عام ١٩٦٦ • حقيقة أن هذا الحكم استند الى مبدأ المساواة أمام التكاليف العامة والذي لا محل له في نطاق العلاقات التعاقديـة، الا أنه لا يوجد سبب لعدم السماح بمسئولية الدولة دون خطأ في المجـال التعاقدي ، بموجب المبادىء التي تقوم عليها هذه المسئولية •

وترتيبا على ذلك فان نظرية عمل الأمير يجب أن يكون لها محل مـن التطبيق فيما يتعلق بالاتفاقات الدولية • (١)

ويشير الاستاذ "Ph. Terneyre" الى أن حكم مجلس الدولـة الفرنسي الصادر في ٣٠ مارس سنة ١٩٦٦ ولو أنه متعلق بمسئولية الدولـة غير العقديـة ، الا أنه يكتسب أهميـة خاصة لتوضيح موقف مجلـس الدولة الفرنسي • ذلك أن المجلس في حكمه الصادر في ١٣ يوليو سنـة ١٩٦١ قد رفض تقرير مسئولية الدولة في علاقاتها التعاقدية اذا ماتعلق الأمر بعمل من أعمال السيادة ، في حين أن المجلس بعد هذا الحكم وبعـد أقل من بضعة شهور ، قد سمح – على خلاف تقرير مفوض الحكومـة – "Cambarnous" للشركة الوطنيـة للسكك الحديديـة – على أساس العقد الذي يربطها بالدولة – بأن تطلب التعويض عن الضرر الـذي

---

(١) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., pp. 542-543.

ويراجع عكس ذلك :

- M. Odent, "Contentieux administratif", I.E.P. 1977-1978, Op. Cit., p. 1370.

أصابها من جراء تطبيق اتفاقية دولية أبرمتها الدولة ، وذلك في حكم المجلس الصادر في ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٦١ (١).

وينتهي الأستاذ "Ph. Terneyre" الى تأييد امكانية منح الحق في التعويض عن اعمال السيادة في المجال التعاقدي وامكانية تعويض الضرر الذي يصيب المتعاقد من جراء اتفاقية دولية (٢) .وعلى ذلك فانه في المجال التعاقدي فان الاتفاقيات الدولية تخضع لذات القواعد التي تحدد نطاق المسئولية عن القوانين .فلا يوجد سبب للمغايرة في النظر الى المسئولية دون خطأ عن الاتفاقات الدولية في المجال التعاقدي عنه في المجال غير التعاقدي . (٣)

---

(١) - C.E. 22 décembre 1961, S.N.C.F., Rec. p. 738 avec conclusions Cambarnous; A.J.D.A. 1962, p. 15, note Galabert et Gentot; R.D.P. 1962, p. 646, note R.M. Chevallier.

(٢) - **Ph. Terneyre,** Thèse précitée, p. 288.

(٣) - **M. Bernard,** Concl. précitée de R.D.P. 1966, p. 780: "en matière contractuelle, la théorie de l'irresponsabilité de l'État, du fait des conventions internationales, est abandonnée et que des conventions internationales ... ont été soumises au même régime de responsabilité que les lois ... on ne voit vraiment pas pourquoi les conventions internationales seraient soumises au même régime que les lois, dans le domaine de la responsabilité contractuelle, et à un régime différent, dans le domaine de la responsabilité extracontractuelle".

الفرع الثالث

فكرة السلطة المتعاقدة

لكى تطبق نظرية عمل الأمير يجب أن يكون الاجراء الضار صادرا من جهة الادارة المتعاقدة (١). الا أن هذا الشرط يجب تحديده لبيان متى يمكن اعتبار السلطة التي تدخلت في العقد كأنها ليست أجنبية عن الادارة المتعاقدة. ومن ناحية أخرى فان الأمر يحتاج الى بعض الايضاح اذا ماكان أطراف العقد، اثنان أو أكثر من الأشخاص الخاصة دون أن يفقد العقد صفته الادارية ، وأيضا في الفرض العكسي عندما يكون أطراف العقد من أشخاص القانون العام.

١ - بداية لا توجد صعوبة في العقود المبرمة باسم الدولة بواسطة أحد الوزراء ، فان نظرية عمل الأمير يمكن أن تجد مجالا للتطبيق سواء أكان الاجراء الذى سبب الضرر صادر عن ذلك الوزير أو عن أى وزير آخر أو حتى لو كان الاجراء صادر من رئيس مجلس الوزراء (٢). واذا كان مجلس الدولة الفرنسي قد اعتبر في أحكامه القديمة (٣) أن الادارات الوزارية المختلفة تعتبر

---

(١) يراجع تقرير المفوض "D. Labetoulle" امام مجلس الدولة الفرنسي في قضية "Société Propétrol" الصادر في ٥ نوفمبر سنة ١٩٨٢ ، والمنشور في مجموعة (A.J.D.A.) سنة ١٩٨٣ ص ٢٥٩ وقد جاء به :

"La théorie du fait du prince ne couvre que les conséquences des mesures prises par la personne publique cocontractante".

ويراجع ص ٣٢٦ من هذا البحث .

(٢) - P. Delvolvé, "Responsabilité contractuelle", Op. Cit., p. 28.

(٣) - C.E. 28 mars 1901, Prévet, S. 1902. 3. 73, Concl. Saint-Paul, note M. Hauriou.

أجنبية الواحدة عن الأخرى ، فان هذه الأحكام يمكن تجاوزها اليوم حيث لا تتجزأ شخصية الدولة[١] . أيضا لا صعوبة في العقود الادارية التي تبرمها الأشخاص المعنوية العامة الاقليمية (وهي الدولة والمحافظة والمركز والمدينة والحي والقرية) والمصلحية (الهيئات العامة) . فاذا ما أبرم أحد الأشخاص العامة هذه عقدا ، فيجب أن يصدر الاجراء الضار منه حتى يمكن أن تطبق نظرية عمل الأمير اذا توافرت باقي الشروط.[٢]

اما اذا صدر الاجراء من شخص معنوى آخر فلا سبيل لتطبيق تلك النظرية وإن كان من الممكن للمتعاقد المضار أن يطالب بالتعويض استنادا لنظرية الظروف الطارئة .[٣]

---

(١) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 525.

ويراجع حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٢٧ يناير سنة ١٩٦٠ في قضية "Roche" (المجموعة ص ٦٠)والذى أنكر على الادارات الوزارية الشخصية القانونية .

وانظر في موضوع وحدة الشخصية القانونية للدولة :

- B. Delcros, "L'unité de la personnalité juridique de l'État", Paris, 1976.

(٢) الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى ،العقود ،المرجع السابق ،ص ٥٧١ .

(٣) - P. Delvolvé, "Responsabilité contractuelle", Op. Cit., p. 27.

ويشير الأستاذ "P. Delvolvé" الى عدم وجود صعوبة لتحديد السلطة المتعاقدة فيما يتعلق بالاشخاص المعنوية العامة الاقليمية في فرنسا وعلى وجه الخصوص منذ صدور القانون رقم ٨٢ – ٢١٣ في ٢ مارس سنة ١٩٨٢ (المنشور في مجموعة دالوز سنة ١٩٨٢ص١١٣) حيث يقول :

"Il n'y a aucune difficulté a distinguer l'État, la région, le département, la comune. La séparations, depuis la loi nO. 82-213 du 2

٢ ـ ان الاجراءات الصادرة عن المشرع والتى تؤثر على العقود المبرمة بمعرفة الدولة تدخل أيضا فى نطاق نظرية عمل الأمير، لأن البرلمان عضو فى الدولة بالكيفية ذاتها التى للسلطات التنفيذية والتى تتكون من أعضاء مختلفة ولكن الاجراءات الصادرة منها تعتبر دائما وكأنها صادرة عن ذات الشخص العام (١) . وقد رأينا أن النصوص التشريعية يمكن من خلال شروط خاصة أن تكون محلا لتطبيق نظرية عمل الأمير . (٢)

٣ ـ فى الفرض المتعلق بازدواجية الوظيفة "doublement fonctionnel" حيث نجد العضو الادارى مؤهلا للتدخل باسم شخصين عامين متميزين ، فانه من الأهمية بمكان

= mars 1982, des fonctions de représentant de l'État et de représentant du département et de la région qu'assuraient naguère les préfets, n'oblige plus à se demander au titre de quelle collectivité ces autorités agissent".

يراجع ص ٢٨ من المرجع المشار اليه.

(١) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 526.

(٢) على سبيل المثال : القانون الصادر فى فرنسا فى ٣٠ يوليو سنة ١٩٨٢ بخصوص تجميد الشروط المتصلة بتغير المقابل النقدى فى عقود الأشغال العامة . واذا كانت نظرية عمل الأمير يمكن أن تطبق على العقود المبرمة باسم الدولة والتى تأثرت بما ترتب على صدور هذا القانون ، فان تلك النظرية لا تجد لها محلا من التطبيق على عقود الأشخاص العامة الأخرى التى تأثرت ظروف تنفيذها من جراء هذا القانون . يراجع فى التفاصيل مطول الأستاذ " دى لوبادير " فى العقود، الجزء الثانى ، الطبعة الثانية ، المرجع السابق ص ٥٢٦ ، ص ٥٢٧ .

تحديد الصفة التي بمقتضاها اتخذ الاجراء الذى أثر على العقد وأصاب المتعاقد بالضرر . (١)

ومثال ذلك في فرنسا منصب العمدة ، حيث يمارس بعض الاختصاصات باسم الدولة ، والبعض الآخر باسم بعض المؤسسات العامة المحلية . (٢) فاذا كان الاجراء صادرا باسم الشخص العام المتعاقد فان نظرية عمل الأمير تطبق ، أما اذا كان الاجراء قد صدر باسم الشخص العام الآخر فلا مجال لتطبيق النظرية . (٢)

ويجدر في هذا المقام أن نشير الى حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية "Cne du chemin de fer de Bayonne à Biarritz" (٣)
والتي قضى فيها مجلس الدولة بأن الاجراءات التي فرضت على ملتزم مرفق السكك الحديدية للقيام بنقل جنود الاحتلال مجانا ، لم يصدرها العمدة باسم المدينة ولكنها صدرت منه بناء على أوامر سلطات الاحتلال . وأن هبوط الايرادات الذى أصاب الشركة المدعية ماهو الا أمر مستقل عن ارادة السلطة مانحة الالتزام المتعاقدة مع الشركة .

ولا عبرة بتعدد أجهزة الدولة واستقلال كل جهاز عن الآخر ، فما هي الا أوجه متعددة لشخص قانوني واحد وهو الدولة ، وبالتالي فان الاجراء

---

(١) - Ph. Terneyre, Thèse précitée, p. 279.
(٢) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit. p. 526 et s.
(٣) - C.E. 20 octobre 1971, Rec. p. 624.

الصادر من أحد أجهزة الدولة من خلال الرابطة الرئاسية التى تهيمن على هـذه الأجهزة ، يعتبر كأنه صادر عن الدولة ذاتها ، فلا يوجد أى شك فى وحـدة شخصية الدولة (١) .

وترتيبا على ذلك فان امكانية تحقق الشرط المتعلق بصدور الاجـراء الضار من السلطة المتعاقدة ، بالنسبة لعقود الدولة اكثر يسرا من عقـود الاشخاص العامة الاخرى ، نظرا لوحدة أجهزة الدولة . (٢)

٤ — ويثـار التساؤل عن امكانية تطبيق نظرية عمل الأمير فيما يتعلق بالعقود الادارية المبرمة بين الاشخاص الخاصة (٣) . وكيف يمكـن أن يتوافر شرط صدور الاجراء المسبب للضرر من السلطة الاداريـة المتعاقدة ؟ .

يجيب الأستاذ " ديلفولفى " على هذا التساؤل قائلا ان نظرية عمـل الأمير يمكن أن تجد لها مجالا للتطبيق بالنسبة لطائفة العقود الاداريـة بين الاشخاص الخاصة . فالأمر الحاسم فى تطبيق تلك النظرية يرتبـط بالطبيعة الادارية للعقد أكثر من ارتباط ذلك التطبيق باشتراك الشخص العام في ابرام العقد . والدليل على ذلك أن نظرية عمل الأمير لا تجد مجـالا

---

(١) - P. Delvolvé, "Responsabilité contractuelle", Op. Cit., p. 28.

(٢) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 527.

(٣) "Contrats administratifs conclus entre personnes privées".

للتطبيق بالنسبة لعقود القانون الخاص التي أحد أطرافها شخص عـــام[١] .
واذا ما سلمنا بامكانية تطبيق نظرية عمل الأمير على العقود الادارية بين الاشخاص الخاصة،فانه يجب أن يوضع في الاعتبار الدور الخاص الذى يؤديه كل من طرفي العقد. ذلك أنه في هذه الطائفة من العقود فان أحد طرفي العقد يفترض أنـــــه يؤدى دور الشخص العام ، وبصفة خاصة عندما يتصرف لحساب هذا الشخص العام.

"Pour le compt d'une personne publique"

وبصفة عامة ففي العقد الادارى بين الأشخاص الخاصة ، فان أحد أطراف العقـد يمكن اعتباره مسئولا عن أداء المرفق محل التعاقد أو أتيح له ذلك بمقتضى العقد، ولهذا يمكن تشبيهه بالشخص العام أو أنه يؤدى دور الشخص العام فى الرابطـــة العقديـــة[٢] .

وهكذا يمكن تحديد أى من طرفي العقد الذى يجب أن يصدر منـــه الاجراء الضار حتى يمكن تطبيق نظرية عمل الأمير .

٥ ـ وعلى العكس من الحالة السابقة فانه في العقود الادارية بيـــن الاشخاص العامة[٣] ، فان الاجراء المكون لعمل الأمير يمكن أن يصدر مـــن

---

(١) - P. Delvolvé, "Responsabilité contractuelle", Op. Cit., p. 27: "La théorie du fait du prince est liée moins a la participation d'une personne publique au contrat qu'au caractère administratif de celui-ci. La meilleure preuve en est que, dans les contrats de droit privé auxquels une personne publique est partie, la théorie du fait du prince ne s'applique pas".

(٢) - P. Delvolvé, Op. Cit., p. 27.

(٣) - "Contrats administratifs entre personnes publiques".

أى من طرفي العقد (١) . فكل من طرفي العقد يمكن أن يتخذ اجراء يسبب ضررا للطرف الآخر وكل منهما له الحق فى استخدام امتيازات السلطة العامة التى تقتضيها طبيعة العقد الادارى ، والتى قد تؤدى الى جعل تنفيذ العقد اكثر ارهاقا . (٢)

واذا كان ذلك الفرض مجرد فرض نظرى حيث لا توجد — فيما نعلم — أية تطبيقات قضائية فى هذا الصدد ، فان الفرض الغالب فى العقد الادارى بين الاشخاص العامة ، أن يكون أحد طرفى العقد فى وضع أكثر سيطرة وهيمنة فى علاقته بالطرف الآخر ، سواء كان ذلك لأنهما ليسا فى نفس المستوى (على سبيل المثال: العقود بين الدولة والوحدات المحلية الأخرى) ، وسواء فى جميع الفروض لأن أحدهما هو المسئول الأساسي عن المرفق أو موضوع العقد ، والغالب أن يصدر عنه الاجراء الذى يزيد من أعباء الطرف الآخر أثناء تنفيذ العقد . (٣)

---

(١) - **C. Galiay**, Thèse précitée, p. 287.

(٢) - **H.-G. Hubrecht**, Thèse précitée, p. 560 et s.

(٣) - **P. Delvolvé**, "Responsabilité contractuelle", Op. Cit., p. 27, nos 224 et 225.

المطلـــب الثانـــــــى
الطبيعة المادية والاستثنائية للصعوبـــات
الماديـــــة غير المتوقعـــة

لكي تطبق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، يجب أن يتوافر فـــي الصعوبات التي يصادفها المتعاقد أثناء تنفيذ العقد عدة شروط (١) . من بيـــن هذه الشروط ما يتعلق بطبيعة الصعوبات في حد ذاتها ، بحيث يجـــب أن تكون ذات طبيعة مادية ، وأن تكون ذات طبيعة استثنائية . وقد سبـــق أن أشرنا الى أن تلك الصعوبات يجب أن تكون وليدة ظروف خارجية عـــن ارادة

---

(١) يراجع حكم محكمة القضاء الاداري المصرية الصادر في ٢٠ يناير سنـــة ١٩٥٧ في القضية رقم ٧٨٩٢ لسنة ٨ ق ، سبقت الاشارة اليـــه ، والذي حددت فيه المحكمة شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غيـــر المتوقعة فيما يلي :ـ

أولا : أن تكون الصعوبات مادية وغير عادية أو استثنائية .

ثانيا : أن تكون الصعوبات طارئة أي غير متوقعة أو مما لا يمكن توقعـــه أو لم يكن في الوسع توقعها عند التعاقد .

ثالثا : أن يترتب على التنفيذ نفقات تجاوز الأسعار المتفق عليها فـــي العقد وتزيد في أعباء المتعاقد مع الادارة .

وتراجع فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريـــع بمجلس الدولة رقم ٩٥ بتاريخ ٤ فبراير سنة ١٩٦٤ ، سبقت الاشـــارة اليها : حيث أجملت الجمعية العمومية شروط تطبيق نظرية الصعوبـــات المادية غير المتوقعة والتزمت حرفيا ماورد بحكم محكمة القضـــاء الاداري المشار اليه . وأضافت بالنسبة الى العقود الجزافية " وهي التي تتضمن تحديد أجر لكمية الأعمال المطلوبة ، وتحديدا اجماليا لما تلتـــزم الادارة بدفعه من ثمن يقابلها ، فان هذا الطابع الجزافي في تحديد الثمـــن لا يحول دون تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة. على أنـــه يجب عندئذ أن يكون من شأن الصعوبات المادية في هذه الأحـــوال أن تخل باقتصاديات العقد تبعا لانهيار الأسس التي قام عليهـــا تقدير الثمن المتفق عليه فيه" .

أطراف العقد . فلا محل لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة اذا كان فعل أحد المتعاقدين أحد أسبابها أو زيادة آثارها أو كان لديه الوسائل والامكانات لدفعها ومنع حدوثها أو عدم التزامه بالشروط والتدابير المنصوص عليها في العقد أو الأوامر الادارية الخاصة بالمرفق .

ومن ناحية أخرى فان الصعوبات المادية يجب أن لا تكون وليدة عمل الادارة . وهذا لا يعنى أن الصعوبات الجديدة الناتجة عن تدخلات الجهة الادارية لا يعوض عنها ، وانما تترتب مسئولية الادارة في هذه الحالة على أساس نظرية عمل الأمير اذا توافرت شروط تطبيقها ،أو وفقا لقواعد المسئولية العادية اذا كانت الصعوبات ناتجة عن خطأ الادارة . (١)

أولا : الطبيعة المادية للصعوبات غير المتوقعة :

ان تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة رهين بأن تكون الصعوبات التى يصادفها المتعاقد أثناء تنفيذ العقد من طبيعة مادية.
"Une difficulté d'order matériel"
فاذا كان الأمر يتعلق بظروف أخرى ادارية أو اقتصادية ، فلا يمكن اثارة مسئولية الجهة الادارية على أساس تلك النظرية . وان أمكن اثارة مسئوليتها على أساس نظرية عمل الأمير أو نظرية الظروف الطارئة اذا توافرت شروط تطبيق أى منهما . (٢)

وهذه الصعوبات المادية ترجع فى أغلب الحالات الى ظواهر طبيعية . ولذا فان أكثر التطبيقات تتعلق بصعوبات مادية مرجعها الى طبيعة الأراضى التى تنفذ فيها الاشغال العامة (٣) ، وقد يكون مرجعها الى وجود طبقات

(١) يراجع ص١٩٢، ١٩٥ من هذا البحث .

(٢) الأستاذ الدكتور أنور رسلان ، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، مذكراته لطلبة الدراسات العليا ،المرجع السابق ، ص ٢٦ .

(٣) الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى ، العقود ، المرجع السابق،ص ٦٥٦ ومابعدها .

غزيرة من المياه تحت الأرض ، وبصفة عامة فان أكثر التطبيقات ترجع الى مخاطر التربة التي تنفذ فيها الأشغال محل التعاقد (Le risque du sol) (١)

وفي بعض التطبيقات لم تكن الصعوبات المادية ناتجة عن ظواهر طبيعية وانما كان مصدرها فعل الغير ، أي وليدة عمل أجنبي عن ارادة أطراف العقد. (٢)

---

(١) - J. Catz, Thèse précitée, p. 98.

ويراجع التحليل القيم الذي قام به الأستاذ "J. Catz" للأحكام الرئيسية لمجلس الدولة الفرنسي المتعلقة بالصعوبات المادية التي من طبيعة جيولوجية وذلك في الملحق رقم ٦ في نهاية رسالته المشار اليها، حيث قام بتجميع أحكام المجلس في هذا الخصوص بداية بحكم المجلس الصادر في ٩ يونيه سنة ١٨٤٩ في قضية "Grass" المجموعة ص ٣٣٤) وانتهاء بحكم المجلس الصادر في ٢٢ يوليه سنة ١٩٧٧ في قضية "Nord-Ocean" (المجموعة ص ٣٤٧). وقد اشتمل هذا الملحق على بيان لطبيعة الاشغال المنفذة "nature des travaux effectués" وطبيعة الصعوبات التي واجهها المتعاقد "nature de la sujétion" وأسباب قبول أو رفض مجلس الدولة لطلب التعويض "motifs de l'admission ou du rejet".

(٢) - A. Maral, Thèse précitée, p. 39.

ومن تطبيقـــات مجلس الدولة الفرنسي فيما يتعلق بالصعوبات التـــي ترجع الى مخاطـــر التربة : الطبيعة الصخرية للأرض ، وما يترتب عليها مـــن تحميل المتعاقد بنفقات غير عادية لتنفيذ الأعمال المتعاقد عليها (١).

---

(١) - C.E. 21 juillet 1970, Département des Hautes-Alpes c/Sté savoyarde d'entreprise, Rec. p. 533:

ويتعلق بالصعوبات التي واجهت الشركة المدعيـة الناتجة عن الطبيعـــة الصخريـــة للتربـــة أثنـــاء تنفيذ عقد موضوعـــه شق أحد الانفـــــــاق. وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بتعويض الشركـــة على الرغم من الطبيعـــة الجزافيـــة للعقد وعلى الرغم من النص في العقد على تحمل الشركـــــة مخاطر التنفيذ . الا أن المجلس قدر ضخامة الصعوبات التي واجهتهـــا الشركة الى حد قلب اقتصاديـــات العقد بالاضافة الى مسئولية الادارة لعـــدم تزويد الشركة بنتائج الدراســـات التي أعدهـــا الجيولوجي.

- C.E. 30 juin 1976, Sté d'économie mixte d'équipement de la ville d'Aix-en-Provence, Rec. p. 993:

ويتعلق بتعويض المقاول في عقد أشغال موضوعـــه تنفيذ خزانـــات لتجميـــع المياه تحت الارض،حيث صادف أثناء التنفيذ كتل صخريـــة شديـــدة الصلابـــة تحتاج في ثقبهـــا لالات وتقنيـــة حديثة غير منصوص عليها فـــي العقد.

وانظر في نفس المعنى :

- C.E. 28 février 1979, Voisin, Rec. p. 795.
- C.E. 12 mai 1982, Sté des autoroutes Paris-Rhin-Rhône, précité.

– ظهور منابـــع مياه تتدفق منها كميات ضخمة من المياه ، تكلف المتعاقد نفقات غير عادية لرفع المياه وتجفيف الأرض • (١)

– حدوث انهيارات فى التربة يتخلف عنها كميات ضخمة من الأتربة، تكلـــف المتعاقد نفقات غير عادية فى رفعها • (٢)

---

(١) - C.E. 5 janvier 1944, Ville de Montpellier, Rec. p. 433; C.E. 13 décembre 1931, Sté nationale de construction, Rec. p. 706.

ويتعلق الحكم الأول بانشاء شبكة للصرف الصحى ، وقد قضى المجلس بالتعويض حيث قدر ان تدفق المياه بكميات هائلة بموقع الأشغـــــال تعتبر صعوبات مادية غير متوقعة تبرر الحكم بالتعويض على الرغـم من أن اختيار المدينة لهذا الموقع ليس من طبيعته أن يرتب مسئوليتها • ويتعلق الحكم الثانى بانشاء مدق حجرى لأحد الجسور، وقد قضـــى المجلس بالتعويض حيث قدر أن الصعوبات التى واجهت الشركـــــة تشكل صعوبات مادية تبررمنح التعويض •

(٢) - C.E. 19 février 1975, Campenon-Bernard; Rec. p. 143:

ويتعلق بالصعوبات التى واجهت المتعاقد والمتمثلة فى وجود طبقـات من الأتربة والطين أثناء حفر أساسات مستودع عسكرى• وقد لبـــى المجلس طلب التعويض على الرغم من الطبيعة الجزافية للعقد وعلـى الرغم من ان المقاول قد أجرى بعض الأعمال الاضافية دون أمر مـن المرفق • الا أن المجلس قضى بالتعويض عن الصعوبات التـــــى صادفها المتعاقد وعن الاشغال الاضافية المنفذة وقدر أنها لا غنـــى عنها لتنفيذ الاشغال •

- C.E. 22 décembre 1976, Depussé, Rec. p. 575.

ويتعلق بتعويض المقاول فى عقد انشاء مبانى مدرسية عن الصعوبات التى تمثلت فى مواجهته اثناء التنفيذ لتربة هشة تخلف عنها كميـات من الأتربة وترتب عليها تعميق الاساسات من ثلاث امتار الى عشـرة امتار بالمقارنة برسومات وتعليمات المهندس المعمارى ،وقد قضـــى المجلس بالتعويض على الرغم من قيام المقاول بأشغال اضافيـــــة دون أمر كتابى من المهندس المعمارى ، كما أن الصعوبات غيـــــر المتوقعة تجاوزت كل التوقعات المشتركة لأطراف العقد عند ابرامه •

— ولقد اعتبرت محكمة القضاء الاداري المصرية من قبيل الصعوبات المادية، وجود أتربة متكتلة وطبقات صخرية وذلك بمناسبة عقد اشغال عامة موضوعه تطهير احدى الترع ، وبدلا من أن يجد المتعاقد طميا يمكن حفره بالوسائل العادية التقليدية ، اذا به يواجه بامتداد غير عادي من الطبقات الصخرية (١) . كما اعتبرت المحكمة الادارية العليا من قبيل الصعوبات المادية وجود اساسات خرسانية وخزانات مجاري ومياه تحت أرض موقع الاشغال التي كان موضوعها بناء حجرات تفتيش خاصة بمشروع سنترال العباسية . (٢)

واذا كانت الصعوبات المادية يجب أن تكون من غير عمل أحد الطرفين المتعاقدين ،الأأنها قد ترجع الى فعل الغير . ومن تطبيقات مجلس الدولة الفرنسي في هذا الشأن :

— ظهور قناة خاصة مجاورة لموقع العمل لم تظهر في المواصفات والرسومات التي تم على اساسها التعاقد . (٣)

— اضطرار المتعاقد لاصلاح طريق مجاور للأشغال محل التعاقد، يعد ضروريا لتنفيذها . (٤)

---

(١) يراجع : حكم محكمة القضاء الاداري الصادر في ٥ مايو سنة ١٩٥٣ ، سبقت الاشارة اليه . وحكمها الصادر في ٢٠ يناير سنة ١٩٥٧، سبقت الاشارة اليه .

(٢) حكمها الصادر في ١٤ يونيه سنة ١٩٦٩ ، سبقت الاشارة اليه . ويلاحظ ان المحكمة الادارية العليا في هذا الحكم قدرت عدم توافر شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وخاصة شرط عدم التوقع .

(٣) - C.E. 21 juillet 1937, Ville de Carcassonne, Rec. p. 754.

(٤) - C.E. 5 février 1931, Ancona, Rec. p. 137.
وتراجع الاحكام التي اوردها الاستاذ الدكتور أنور رسلان في مذكراته السابق الاشارة اليها، ص ٢٧ ، ٢٨ .

ثانيا: الطبيعة الاستثنائية وغير العادية للصعوبات المادية :

ان الصعوبات المادية ليست مجرد صعوبات عادية تواجه المتعاقـد، بل هي عقبات ذات طبيعة غير عادية (١) ، تتجاوز المخاطر العادية التي قد يتعرض لها أي متعاقد أثناء تنفيذ العقد ، فهي صعوبات استثنائيـة "difficultés exceptionnells" تجاوز كل ماكان مقدرا أو متوقعا. (٢) وهو ماعبرت عنه محكمة القضاء الاداري بقولها : أن " شرط الصعوبة غيـر العادية أو الاستثنائية ٠٠ لا يتوافر لمجرد أن الطبقة التي صادفها المدعـي (وهو يتولى تطهير ترعة) كانت ذات صلابـة غير عادية ، بل يجـب أن تكون هذه الطبقة امتدادا غير عادي أيضا ، بأن تكون لمساحات واسعـة أو بنسبة كبيرة من مجموع المنطقة محل العقد ٠ وبهذا وحده يتحقق المـراد من اعتبار الصعوبة غير عادية او استثنائية (٣) ٠٠٠"

ونظرا لأن الطبيعة الاستثنائية أو غير العادية للصعوبات أمر يختلـف تحققه من حالة لأخرى في مجال التطبيق ، فان تحديد ما اذا كانـت الصعوبات التي صادفهـا المتعاقد مما يمكن اعتباره من قبيل المخاطـر

---

(١) - **J. Georgel**, J.C.A., Fasc. 512, Op. Cit., n°. 133.

(٢) - C.E. 12 mai 1982, Sté des autoroutes Paris-Rhin-Rhône, précité; R.D.P. 1983, n°. 236; R.D.A. 1982, n°. 216: "Considérant que la Société Spie-Batignolles et la Société Dragages et travaux publics ont rencontré dans l'exécution des travaux des difficultés exceptionnells".

(٣) حكمها الصادر في ٢٠ يناير سنة ١٩٥٧ ، سبقت الاشارة اليه ٠

العادية أو الاستثنائية انما يخضع لتقدير القاضي وفقا لظروف الحال وما يقدمه المتعاقد من أدلة على أن عقبات التنفيذ مما يندرج في نطاق الصعوبات الاستثنائية وغير العادية .(١)

وبطبيعة الحال فان القضاء يبدي تشددا واضحا في تقدير درجة ومدى الصعوبات غير العادية وذلك عندما يحتوى العقد على شرط تحديد الثمن مهما كانت الصعوبات التي يواجهها المتعاقد (٢) أو مهما كانت طبيعة التربة (٣) وبصفة عامة عندما يحتوى العقد على تحمل المتعاقد لكافة المخاطر أثناء التنفيذ. بالطبع اذا وجد مثل هذا الشرط فان أثره يقتصر على زيادة درجة الصعوبة المتطلبة لاعتبار عقبة ما من قبيل الصعوبات غير العادية والاستثنائية ، ولكنه لا يمنع ابتداء أو في أي مرحلة من مراحل التنفيذ من التسليم بوجود

---

(١) - M. Villard, Y. Bachelot et J.M. Roméro, "Droit et pratique des marchés publics de travaux", 1981, p. 319 et s.

ويراجع في نفس المعنى:

- J. Georgel, J.C.A., Fasc. 512, Op. Cit., n°. 133.

الاستاذ الدكتور سليمان الطماوى ، العقود ، المرجع السابق ،ص ٦٦٠ .

الأستاذ الدكتور أنور رسلان ، مذكراته السابق الاشارة اليها ،ص ٣٢ .

(٢) "quelles que soient les difficultés rencontrées".

(٣) "quelle que soit la nature des terrains rencontrés".

الصعوبات المادية غير العادية . (١)

ولقد أتيحت الفرصة للجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري أن تقر مبدأ التعويض عن الصعوبات المادية غير العادية على الرغم من احتجاج جهة الادارة بوجود اتفاق بعدم مسئوليتها عما يصادفه المتعاقد من صعوبات غير متوقعة . حيث ارتأت أن مثل هذه الشروط يحمل على أنه يعني عدم المسئولية عن العقبات التي يصادفها المتعاقد في الحدود المعقولة التي يصل اليها التقدير العادي للأمور . (٢) ، أما المحكمة

---

(١) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., pp. 509-510.

وانظر في نفس المعنى :

- J. Catz, Thèse précitée, p. 99.

ويراجع من أحكام مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد :

- C.E. 30 juin 1976, Sté d'économie mixte d'équipement de la ville d'Aix-en-Provence, précité; 13 octobre 1978, Département de la Vendée, Rec. p. 71; 2 juillet 1982, Sté routiere Colas, Rec. p. 261.

(٢) يراجع فتواها رقم ٩٥ بتاريخ ٤ فبراير سنة ١٩٦٤ ، سبقت الاشارة اليها . وقد جاء بهذه الفتوى : " لا يصح القول بأنه كان ثمة اتفاق على عدم مسئولية هيئة قناة السويس عن تعويض الشركة عما تصادفه من صعوبة غير متوقعة ، وكذلك التي صادفتها متمثلة في زيادة حجم التربة الصلبة أضعافا مضاعفة تجاوز كل ماكان مقدرا على أساس الاختبارات التي جرت بمعرفة المقاولين قبل التعاقد وبمعرفة الهيئة . ذلك أن هذا القول مردود بأن ماجاء في العقد وفي الشروط في خصوص التنبيه الى طبيعة التربة ، والى ماتحتويه من صخور صلبة ، ونحو ذلك ، يحمل على انه قصد به عدم مساءلة الهيئة عما يصادفه من يعهد اليه تنفيذ المشروع من عقبات بسبب ذلك في الحدود المعقولة التي يصل اليها التقدير العادي للأمور ... فانه =

الادارية العليا فلم يحالفها التوفيق في حكمها الصادر في ١٤ يونيه سنة ١٩٧٤ [١] والذي كان محل انتقاد الفقه [٢] حيث قضت بأنه " اذا كان مفاد النصوص الواردة في الشروط العامة أن المقاول مسئول مسئولية كاملة عن جميع الصعوبات المادية التي تصادفه سواء أكانت متوقعة أم غير متوقعة وليس من شأن الصعوبات المادية غير المتوقعة مهما ترتب عليها من ارهاق للمقاول أن تخوله حق مطالبة الجهة الادارية المتعاقدة معه بزيادة فئات الأسعار مشاركة منها في الخسارة التي تكون قد لحقته ، اذ أن الصعوبات سالفة الذكر ـ أيا كان شأنها ـ لا ترقى الى مستوى الحوادث الطارئة الموجبة لالزام الادارة بتحمل

= اذا ما بدا أثناء التنفيذ أن حجم التربة الصلبة قد زاد زيادة كبيرة عن القدر المتوقع.... فان ذلك يقتضي أن يتفق الطرفان على تقدير ما يترتب على هذه الزيادة من نتائج من شأنها أن تجعل تنفيذ العقد اشد وطأة واكثر كلفة ، وبخاصة اذا مابلغ مدى ذلك حد الاخلال باقتصاديات العقد ، وقلبها رأسا على عقب ، بسبب انهيار الاسس التي أقيمت عليها ويكون تقدير الاثر المترتب على النتائج المشار اليها ، بالاتفاق على أداء مبالغ اضافية الى الشركة زيادة عما كان متفقا عليه من قبل ، وذلك تعويضا لها ، عما تحملته بسبب الصعوبة غير المتوقعة التي صادفتها... وذلك تطبيقا لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ...".

(١) سبقت الاشارة اليه .

(٢) يراجع على سبيل المثال : الأستاذ الدكتور أنور رسلان ، مذكراته السابق الاشارة اليها ، ص ٣٥ ، ٣٦ .
الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى ، العقود ، المرجع السابق ، ص ٦٦٤ .

نصيب في الخسارة الفادحة التي تختل بها اقتصاديات العقد اختلالا جسيما ، وذلك ضمانا لتنفيذ العقد الاداري واستدامة سير المرفق العام الذي يخدمه " .

وفي واقع الأمر فان هذا الحكم منتقد من عدة وجوه :ـ

١ ـ ان الأمر الثابت ـ فقها وقضاء ـ أن التعويض في نطاق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة لا يتمثل في معاونة مالية جزئية تمنحها الادارة للمتعاقد معها ولكنه تعويض كامل عن جميع الأضرار التي تصيب المتعاقد (١) . ولهذا فان الاشارة في الحكم الى مشاركة الادارة في تحمل جزء من الخسائر ماهو الا خلط وقعت فيه المحكمة الادارية العليا بين نظريتي الصعوبات المادية غير المتوقعة والظروف الطارئة . (٢)

٢ ـ انه اذا كانت المحكمة الادارية العليا قد استندت الى أن البند ١٢ من الشروط العامة الذي يلزم المقاولين بأن يتحروا بأنفسهم عن طبيعة التزاماتهم ، وأنهم مسئولون عن كل الصعوبات التي تصادفهم منظورة أو غير منظورة .. فان مثل هذه الشروط يقتصر أثرها على التشدد في تقدير درجة الصعوبات التي صادفها المتعاقد ـ كما سبق أن اوضحنا ـ ولا يجب أن تحمل

---

(١) يراجع حكم محكمة القضاء الاداري المصرية الصادر في ٢٠ يناير سنة ١٩٥٧ في القضية رقم ٧٨٩٢ لسنة ٨ ق ـ سبقت الاشارة اليه .

(٢) سوف نتعرض بالتفصيل لهذه الجزئية في القسم الثاني من هذا البحث . (يراجع ص ٥٥٨ ومابعدها) .

على أنها تمنع المتعاقد الذى صادف عقبات استثنائية وغير عادية من اللجوء للقضاء للمطالبة بالتعويض خاصة اذا ترتب على هذه العقبات الاستثنائية الاخلال باقتصاديات العقد ، وحتى ولو كان العقد من العقود الجزافية (١) . ولهذا لا نوافق على ماقررته المحكمة الادارية العليا من أنه ليس من شأن الصعوبات غير المتوقعة مهما ترتب عليها من ارهاق للمقاول أن تخوله حق مطالبة الجهة الادارية المتعاقدة معه بزيادة فئات الأسعار . (٢)

---

(١) يراجع في خصوص هذه الجزئية :

- C. **Brechon-Moulenes**, A.J.D.A., 1982, p. 644: "Le Conseil d'Etat continue à exiger, pour l'application de la théorie des sujétions imprévues, que les difficultés rencontrées soient suffisamment importantes et imprévisibles. Il relève même dans un arrêt du 12 mai 1982, Sté des autoroutes Paris-Rhin-Rhône, portant sur un marché conclu à prix forfaitaire, que les difficultés ont eu pour résultat de bouleverser l'économie du marché".

(٢) الأستاذ الدكتور أنور رسلان ، المرجع السابق ، ص ٣٦ .

المطلب الثالث

الضرر وشرط قلب اقتصاديات العقد

سبق أن أشرنا الى أنه لا يشترط فى الضرر الذى يصيب المتعاقد أى قدر من الجسامة فى حالة الاستناد الى أى من نظريتي عمل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة . وذكرنا أن القضاء يتطلب أن يصل الضرر الى حد قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب ، كأحد الشروط الأساسية للحكم بالتعويض فى نطاق نظرية الظروف الطارئة . وهو ما يتطلبه القضاء أيضا لامكان الحكم بالتعويض بالنسبة للعقود الجزافية فى نطاق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة . (١)

الا أن الأمر يحتاج الى تحديد الضوابط التي يسترشد بها القضاء للتسليم بأن العقد قد اختلت اقتصادياته الى درجة قلب هذه الاقتصاديات رأسا على عقب .

فى هذا الصدد يشير الأستاذ " دى لوبادير " الى أن الظروف الطارئة لا يمكن الاستناد اليها الا اذا أدى الظرف غير المتوقع الى موقف خارج عن النطاق التعاقدى "Situation extracontractuelle" وأن ذلك يتضمن فى المقام الأول خسائر فى استغلال المشروع وتجاوز الحد الأقصى للأسعار ثم فى النهاية قلبا لاقتصاديات العقد. (٢)

---

(١) يراجع ص ٣٢٥ من هذا البحث .

(٢) مطوله فى العقود ، الطبعة الثانية ، الجزء الثانى، المرجع السابق ، ص ٥٩٥ ومابعدها.

أولا : خسائر فى استغلال المشروع :

استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسى على أنه لا يكفى لنشوء حالة الظرف الطارىء مجرد فقد فى الربح أو نقص فى الايرادات أو حتى فقد المتعاقد لأرباحه كلها (١) .

ولكن هل يمكن الادعاء بوجود خسائر على الرغم من توزيع حصص الأرباح على المساهمين ؟ أتيحت الفرصة لمجلس الدولة الفرنسى أن يعلن موقفه فى هذا الخصوص وذلك فى أحد أحكامه الهامة الصادرة فى ٢٢ فبراير سنة ١٩٦٣ فى قضية - "Ville d'Avignon" (٢) حيث سمح المجلس بتعويض شركة التزام توزيع الغاز بناء على نظرية الظروف الطارئة وذلك للاختلال الذى أصاب العقد الذى أبرمته مع مدينة "Avignon" على الرغم من أن الشركة المدعية لم تتوقف عن صرف الأرباح للمساهمين فيها (٣) .

---

(١) - C.E. 4 octobre 1961, Entreprise Charlet, Rec. p. 539; 10 oct. 1984, Ent. Cottin-Jonneaux, R.D.P. 1985, p. 223.

(٢) - C.E. 22 février 1963, Ville d'Avignon, Rec. p. 115; A.J.D.A. 1963, 210 Chron. Gentot et Fourré; R.D.P. 1963. 575, note Waline.

(٣) يلاحظ أن الأستاذ "C. Bettinger" قد اعتبر هذا الحكم حلقة من حلقات تطور نظرية الظروف الطارئة • يراجع فى التفاصيل مؤلفه السابق الاشارة اليه بعنوان "La concession de service public et de travaux publics".

ص ١٢٤ ومابعدها •

وانظر أيضا فى ذات المعنى :

- F.P. Bénoit, Le droit administratif français, Op. Cit., p. 633.

في هذا الصدد يشير الأستاذ " دي لوبادير " الـــى أن هذا الحـــل الذي توصل اليه المجلس لا يتعارض مع وجود خسائر في الاستغلال، لأن توزيع الأرباح يكون قد تحقق من احتياطي تكون بمناسبة أنشطة رابحة للشركـــــة، وهذا لا يمنع أن النشاط الذي تم من خلاله توزيع حصص الأرباح قد يكـــــون في ذاته نشاطا واجه خسائر في الاستغلال ،فلا يوجد مقاصة بين مشروعـــات رابحة وأخرى خاسرة ، ففي مجال العام الواحد يمكن اذن أن نصادف توزيعـــا لحصص أرباح وأيضا في مرحلة لاحقة يمكن أن نصادف خسائر في استغلال المشروع، فالأولى لا تستبعد الثانية وبالتالي لا تمنع تطبيق نظرية الظروف الطارئة (١) .

واذا كانت مدينة "Avignon" قد احتجت في دفاعها بعدم أحقيـــة منح أي تعويض للشركة المدعيـــة ، نظرا لأنها استمرت في توزيع الأربــــاح على المساهمين أثناء الفترات التي تطالب فيها الشركة بالتعويض ، فـــان مجلس الدولة الفرنسي قد أعلن صراحة أن توزيع الأرباح لا يستبعد بالضرورة أن تكون الشركة قد تحملت بنفقات غير تعاقدية خلال فترة محددة، مـــن شأنها أن تبرر منحها تعويضا بناء على الظروف الطارئة . (٢)

---

(١) مطوله في العقود ، الطبعة الثانية ، الجزء الثاني ، المرجـــع السابق ، ص ٥٩٥ وما بعدها .

(٢) ومما جاء بحكم مجلس الدولة الفرنسي في هذه القضية :

"La distribution d'un dividende aux actionnaires n'excluait pas necessairement que ladite societe ait supporte pendant cette periode des charges extracontratuelles de nature a justifier l'allocation a son profit d'une indemnite pour imprevision".

=

الا أنه اذا طرأت ظروف غير متوقعـــة في الحقبـــة التي تحقق فيهـــا أنشطـــة رابحـــة وأخرى خاسرة على التوالى ، فان الاولى يجب أن تدخـــل في الاعتبار وذلك فقط لتحديد جزء الخسارة الذى يتحمله المتعاقد (١) •

ثانيا : تجاوز الحق الاقصى للأسعار :

ان فكرة الحد الاقصى للأسعار "Le prix limite" فكـــرة أساسية في مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة.فالتعويض عن النفقات غيـــر التعاقدية "Les charges extra-contractuelle"• يفترض تجـاوزا

= وقد عبر عن هذه الفكرة الأستاذ الدكتور عبدالرزاق السنهورى حيث يقول : " اذا التزم تاجر بتوريد قمح ، وخزن منه كميـــات كبيـــرة دون أن يتوقع علو السعر ودون أن تكون هناك صلـــة بين هذا التخزين وبين التزامه بتوريد القمح ، ثـــم علا سعر القمـــح لحـــادث طارىء أضعافـــا مضاعفـــة ، جاز له أن يتمســك بنظريـــة الظروف الطارئـــة لتوافر شروطهـــا في الصفقـــة التى أبرمهـــا ، أما المكســب الذى يجنيـــه من القمح المخزون لعلو السعـــر فيكون له هو ، ولا شأن للدائن به ••• •

(الوسيط للسنهورى ، الجزء الأول ، المرجع السابق ص ٦٤٥ ، ص ٦٤٦) •

(١) - C.E. 22 janvier 1967, Sté du gaz de Nogent l'Artaud c/Communes de Nogent l'Artaud et autres, Rec. p. 87.

وسوف نلقى مزيدا من الضوء في هذا الصدد عند الحديث عن كيفيـــة تحديد التعويض ومداه •

لما يمكن أن يطلق عليـــه"الحد الأقصـــى للأسعار" ، والذى يمكن تعريفـــه بأنه الحد الاحتمالى لارتفاع الأسعار الذى كان يمكن توقعه عند ابرام العقد (١) . فاذا كان المتعاقد قد أخذ فى اعتباره سعر التكلفة للموافقة على شروط التعاقـد ابان ابرام العقد ، واذا كان ارتفاع الأسعار اللاحق لعملية التعاقد امـــــرا واردا فى ظل المتغيرات الاقتصادية الحادثة فى عالم اليوم ، الا أنه عند تجـاوز هذا الارتفاع لكل التوقعات ، فان نظرية الظروف الطارئة تؤدى دورها عنـــد تحقق هذا التجاوز الذى يطلق عليه اصطلاحا "Le seuil de l'imprévision" (٢)

ولقد استخدم مجلس الدولة الفرنسى فكرة الحد الأقصى للأسعار فـــــى العديد من أحكامه المتعلقة بنظرية الظروف الطارئة ، حيث اعتبرها شرطـــا لقيام حالة الظرف الطارئ ، من ذلك حكمه الصادر فى قضية "Commune de Tursac" (٣) حيث قضى المجلس بأن " الارتفاع فى الأسعار لم يتجـاوز

---

(١) - **J. Dufau,** Les concessions de service public, Op. Cit., p. 106.

(٢) - **B. Sablier,** Thèse précitée, p. 165.

(٣) - C.E. 3 janvier 1936, Rec. p. 6: "La hausse des prix n'à pas depassé la limite de celles que les parties pouvaient envisager; dans ces conditions, aucune indemnité d'imprévision ne saurait être allouée".

ويراجع أيضا من أحكام مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الصدد

- C.E. 21 novembre 1947, Petot, Rec. p. 647.

الحد الذى كان فى امكان الأطراف توقعه وفى هذه الظروف لا يمكن تقرير تعويض أيا كان للظروف الطارئة " . ولقد عبر الاستاذ " "Alibert" ، عن أهمية هذه الفكرة مشيرا الى أنه عند تجاوز الحد الأقصى للأسعار فان زيادة النفقات تشكل مخاطر غير عادية تسمح من حيث المبدأ بتطبيق نظرية الظروف الطارئة (١) .

وبالطبع فانه يمكن أن ننظر الى فكرة الحد الاقصى للأسعار من زاوية عكسية فى حالة انخفاض موارد المتعاقد . فبدلا من أن يرتفع سعر التكلفة الى أبعد من توقعات أطراف العقد ، فانه يمكن تصور أن موارد المتعاقد هى التى انخفضت الى أبعد من ذلك الحد الذى كان بامكانه أن يتوقعه . (٢)

والنتيجة واحدة فى الحالتين فيما يتعلق بالضرر الذى يصيب المتعاقد الذى يجد نفسه ازاء عقد قد اختلت اقتصادياته اختلالا جسيما ، وهذه الوجهة الأخرى لفكرة تجاوز الحد الأقصى للأسعار يمكن — فى رأينا — أن يطلق عليها " تجاوز الحد الأدنى لانخفاض ايرادات المتعاقد " . (٣)

---

(١) - **Alibert**, "L'imprévision dans les concessions de service public, Thèse, Paris, 1924, p. 15.

(٢) - **A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé,** T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 596.

(٣) ويجرى مجلس الدولة الفرنسى على رفض طلب التعويض استنادا لنظرية الظروف الطارئة ، اذا كان انخفاض الايرادات لم يتجاوز الحد الذى كان بامكان الاطراف توقعه ابان ابرام العقد . نجد ذلك واضحا فى حكم المجلس الصادر فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٥٦ فى قضية "Trassard" (المجموعة ص ٨٥١) .

وفي جميع الأحوال فان تحديد ذلك التجاوز للحد الأقصى للأسعار أو الحد الأدنى لانخفاض ايرادات المتعاقد ، متروك أمر تقديره للقاضي، بحيث يترك له أن يبحث مدى الاختلال الحادث في العقد بسبب الظرف الطارىء (١) ، آخذا في اعتباره أن التعويض الذي تلتزم به جهة الادارة

---

(١) مما يجدر الاشارة اليه أن التعليمات الصادرة من الوزير الأول في فرنسا في ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٧٤ قد تضمنت بعض التوجيهات في هذا الصدد • فالمادة ٤ ـ ١٢٢ (والتي حلت محل المادة ٣١ من التعليمات الصادرة في ١٨ مايو سنة ١٩٣٨) تقرر أن شرط تجاوز الحد الأقصى للأسعار لا يعتبر متوافرا الا عندما تبلغ النفقات غير التعاقدية ١٥٪ من المبلغ الاصلي للعقد •

يراجع في هذا الصدد :

"La circulaire du 20 novembre 1974 (art.4.122), Table mensuelle du Journal officiel de la R. Française, p. 11972: "Cette condition n'est en principe, considérée comme remplie que lorsque les charges extra-contractuelles ont atteint le quinzième du montant initial du marché ou, pour les marchés ne comportant pas de montant initial-Cas en particulier des marchés à commandes et de clientèle-lorsque ces charges extra-contractuelles ont atteint le quinzième des somme réglées en application des clauses contractuelles".

لا يستهدف تغطية الربح الضائع أيا كان مقداره ، أو الخسارة العادية المألوفة في التعامل ،وانما أساسه مشاركة الادارة للمتعاقد معها في جزء من خسارة محققة وفادحة تندرج في مفهوم الخسارة الجسيمة ٠ وذلك يمكن أن يتحقق فقط عندما يتم تجاوز الحد الاقصى للاسعار أو الحد الأدنى لانخفاض الايرادات الذي كان في امكان أطراف العقد توقعه ٠

---

* وبطبيعة الحال فان هذه التوجيهات لا تلزم القاضي ، الذي له الأخذ بها لمحاولة تحديد الحد الأقصى للأسعار وهل تم تجاوزه أم لا ٠ وله أيضا أن يطرحها جانبا وفقا لظروف كل حالة على حدة. نجد ذلك واضحا في حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٨ يناير سنة ١٩٨٢ في قضية "Société Entreprise quillery Saint-Maur" والمنشور في مجلة القانون العام سنة ١٩٨٣ ص ٢٣٧ ٠ وقد جاء به :

"Considérant que les circulaires du 7 novembre 1973 et du 20 novembre 1974 qui ont servi de base aux appréciations successives de l'Administration n'ont pas de caractère réglementaire et ont pour seul objet de fournir des références aux maitres d'ouvrage; qu'il appartient au juge administratif de statuer sur le montant de l'indemnité d'imprévision à laquelle l'entreprise requérante peut prétendre".

ثالثا : قلب اقتصاديات العقد :

"Bouleversement de l'économie du contrat"

لكي يمكن الاستناد الى نظرية الظروف الطارئة ، يجب أن تصل الخسائر في المشروع وتجاوز الحد الأقصى للأسعار الى مايطلق عليه " قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب " . وهو ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي وأعاد التأكيد عليه في العديد من الأحكام(١) المتصلة بالنظرية، وذلك منذ حكم المبدأ ودستور النظرية في قضية " غاز بوردو " وهو ذات المسلك الذي التزمته محكمة القضاء الاداري المصرية والمحكمة الادارية

---

(١) على سبيل المثال :

- C.E. 6 novembre 1981, Entreprise Lanfranchi, R.D.P. 1983, p. 237;
- C.E. 12 mai 1982, Société des travaux publics et batiments THEG, R.D.P. 1983, p. 237;
- C.E. 10 octobre 1984, Ent. Cottin Jonneaux, R.D.P. 1985, p. 223;.
- C.E. 20 décembre 1985, Administration générale de l'assistance publique à Paris, R.D.P. 1986, p. 1729.

العليا [١] . ومن ناحية التطبيق فان " قلب اقتصاديات العقد" تعتبر مسألة نسبية ، تقدر في كل حالة على حدة وتخضع للعديد من الاعتبارات [٢] . فعلى سبيل المثال فان مجلس الدولة الفرنسي يجرى على الاعتداد " برقم الأعمال الخاصة بالشركة المتعاقدة ومقدار احتياطياتها ، ومدى سهولة حصولها على الأموال اللازمة لممارسة نشاطها [٣] " . كما أن المجلس يضع في اعتباره المبالغ الممنوحة للمتعاقد بناء على شروط العقد عند مواجهته ظرف غير متوقع ابان ابرام العقد ، نجد ذلك واضحا في حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية «مدينة نيس» [٤] ، حيث قدر المجلس أن شرط قلب اقتصاديات العقد غير متحقق نظرا لان المتعاقد قد حصل بالفعل على تعويض بموجب اشتراطات العقد في حالة ارتفاع الاجور . ولقد قضت

---

(١) يراجع على سبيل المثال من أحكام محكمة القضاء الاداري :
حكمها الصادر في ١٩ يونيو سنة ١٩٦٠ ـ سبقت الاشارة اليه .
ومن أحكام المحكمة الادارية العليا :
حكمها الصادر في ١١ مايو سنة ١٩٦٨ ـ سبقت الاشارة اليه .
وحكمها الصادر في ١٧ يونيو سنة ١٩٧٢ ـ سبقت الاشارة اليه .
ومن أحكامها الحديثة التي لم تنشر بعد وقد سبقت الاشارة اليها :
حكمها الصادر بجلسة ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٨٥ في الطعن رقم ٢٥٤١ لسنة ٢٩ ق .
وحكمها الصادر بجلسة ١٦ مايو سنة ١٩٨٧ في الطعن رقم ٣٥٦٢ لسنة ٢٩ ق .

(٢) الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى ، العقود ، المرجع السابق ص ١٢٣ .

(٣) - C.E. 8 novembre 1944, Cie des chemin de fer d'Enghien, Rec. p. 283.

(٤) - C.E. 5 mars 1958, Ville de Nice, Rec. p. 143.

المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ١٨ ديسمبر سنة ١٩٨٤ (١) ، بأن " اعفاء المتعاقد من التوريد خير مشاركة من جانب الادارة للمتعاقد فى تحمل بعض أعباء العقد خلال فترة الظرف الطارىء ٠٠٠" كما أن مجلس الدولة الفرنسى يضع فى اعتباره قيمة الخسائر التى لحقت بالمتعاقد مقارنا اياها بالمبالغ التى حصل عليها بناء على شروط مراجعة أسعار التعاقد أيا كان تاريخ حصوله عليها (٢) . بل ان مجلس الدولة الفرنسى يجرى على رفض طلب التعويض حتى ولو كانت النفقات غير المتوقعة لم يتم التعويض عنها بصفة كاملة بناء على شروط مراجعة الأسعار طالما أن اقتصاديات العقد لم تختل اختلالا جسيما (٣) .

وفى حالات أخرى يقدر المجلس مدى الاختلال الذى أصاب العقد بالمقارنة بين النفقات التى يدعيها المتعاقد وعناصر العقد فى مجموعه، لتحديد ما اذا كان لهذه النفقات خصيصة قلب اقتصاديات العقد ٠ وقد طبق مجلس الدولة الفرنسى ذلك المفهوم

---

(١) حكمها فى الطعن رقم ١٢٢٣ لسنة ٢٧ ق (سبقت الاشارة اليه) ٠

(٢) - C.E. 14 mars 1962, Manufacture des vêtements Paul Boyé, Rec. p. 173.

(٣) - C.E. 10 octobre 1984, Ent. Cottin-Jonneaux, précité: "Même si les charges imprévues ne sont pas entièrement compensées par le jeu de la clause de revision de prix, il n'y a pas lieu à indemnisation dès lors que l'économie du contrat n'est pas bouleversée".

في حكمه الصادر في قضية "Sté routiere Colas" [1] .
وبهذا المعنى تقول المحكمة الادارية العليا في حكمها الصادر في ١٦ مايـــو سنة ١٩٨٧ [2] : " في تقدير مدى الاختلال الحادث في العقد بسبـــب الظرف الطارىء يتعين الأخذ في الاعتبار بجميع عناصره المؤثرة في اقتصادياته ومنها كامل قيمة العقد ومدته ، فيفحص في مجموعه كوحدة واحدة دون الوقوف على أحد عناصره .. وقد يكون في العناصر الأخرى ما يجزىء ويعـــوض المتعاقد عن العنصر أو العناصر الخاسرة " . [3]

---

(١) - C.E. 2 juillet 1982, Rec. p. 261; Marchés publics, 1983, n°. 197, p. 53, Concl. O. Dutheillet de Lamothe.

وفي هذا الحكم قضى المجلس بأن زيادة الأعباء الاجتماعية مـــن ١٪ الى ٢٪ من قيمـة اجمالي المبلغ النهائي للعقد وأيضا ماترتب علـــى توقف العمل لمدة ٤٨ يوما ـ نتيجة الاضراب ـ من أشغال مدتها ٢٤ شهرا لا تشكلان تكاليف غير عادية من شأنها أن تقلب التـــوازن المالي للعقد وتخل باقتصادياته .

(٢) الطعن رقم ٣٥٦٢ لسنة ٢٩ ق (سبقت الاشارة اليه) .

(٣) ويراجع في نفس المعنى : حكم المحكمـــة الادارية العليا الصـــادر في ١٧ يونيـــه سنة ١٩٧٢ ـ سبقت الاشارة اليه ، والـــذى انتهت فيه الى رفض طلب التعويض استنادا الى نظريـة الظـــروف الطارئة لتخلف شرط قلب اقتصاديات العقد حيث أن المتعاقـــد كان قد حقق في بعض فترات تنفيذ العقد ارباحـــا تكفـي لمواجهة خسائره في الفترات اللاحقة .

ويشير الفقـــه الى بعض المبادىء المستخلصـــة من قضاء مجلس الدولة الفرنسي فى الحالات التي يمارس فيها المتعاقد عدة أنواع من النشاط يقوم بينهـا اتصال قـد يختلف ضعفـا وقوة بحسب الأحوال : (١)

ـ١ـ يجب أن يوضع فى الاعتبار ـ عند تقدير مدى الاختلال الـــذى أصاب اقتصاديات العقد ـ جميع الأنشطة التي يبدو أنها مرتبطة بالنشـــاط الأساسي موضوع العقد ، على سبيل المثال: كل أوجه النشاط التي تعتبر توابع أو ملحقات أو فروع ضرورية للالتزام الأصلي فى العقد الأساسي • (٢)

كذلك يوضع فى الاعتبار ما تحصل عليه الشركة الملتزمة من ارباح شركـة التزام أخرى تشاركها فى جزء من رأس مالها (٣) أيضا يدخل فى الإعتبـــار عند تقدير مدى الاختلال فى اقتصاديات العقد، ماتحصل عليه الشركـــة مـن

---

(١) يراجع فى هذا الخصوص :

- **A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé,** T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 598 et s.

الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى ، العقود ، المرجع السابـــق ، ص ١٢٥ ومابعدها •

(٢) - C.E. 8 août 1924, Gaz de Brive, Rec. p. 818.

(٣) - C.E. 30 décembre 1927, Cie Française d'éclai-rag , Rec. p. 1298.

ارباح نتيجة بيع منتجات ثانوية تتصل بموضوع الاستغلال الأصلي (١) . في جميع هذه الحالات فان الحلول التى التزمها مجلس الدولة الفرنسي تقوم على اعتبار جميع الأنشطة المتفرعة من النشاط الأصلي، كل لا يتجزأ في خصوص تقدير مدى الاختلال الحادث في العقد . الا أنه يجب ملاحظة أن هذه الحلول تتعلق بتقدير الاختلال في اقتصاديات العقد بصرف النظر عن التقدير الحسابي لقيمة التعويض وان كان يوجد بالطبع نوع من الارتباط بين الغرضين (٢) .

ومن ناحية أخرى فان هذه الحلول المستنبطة من أحكام مجلس الدولة الفرنسي ورد النص عليها في التوجيهات الصادرة من الوزير الأول في فرنسا في ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٧٤ والتى تقرر فى هذا الشأن أنه " عندما يتعلق الأمر بفرع من النشاط مندمج في مجموعة من أوجه النشاط أيا كانت مدة العقد الذى يشملها ، فانه يجدر أن يقدر الارهاق بالعلاقة بين مجموع العمليات التى أنجزت في ذات المجموعة من الأنشطة وساهمت في تنفيذ العقد " (٣) .

---

(١) - C.E. 20 janvier 1928, Ville de Pezenas, Rec. p. 93.

(٢) - **B. Sablier**, Thèse précitée, pp. 185-189.

(٣) - La circulaire du 20 novembre 1974, précitée: "Lorsque le titulaire appartient à une entreprise integrée dans un groupe et quelle que soit la durée du marché, il convient d'apprécier le bouleversement par rapport à l'ensemble des opérations qui, effectuées au sein du groupe, ont contribué à l'exécution de la prestation".

هذه التوجيهات انعكاس لما جرى عليه مجلس الدولة الفرنسي منذ حكمه في قضية "Ville de Toulon" (١)، وأيضا حكمه الصادر في قضية "Etabl. Viala" (٢). فاذا كان العقد يشمل عدة أوجه من النشاط يمارسها المتعاقد ، فان هذا التعدد لا يمنع وحدة العقد ويجب أن يوضع في الاعتبار نتيجة جميع الاعمال الواردة في العقد دون تجزئة، كأن يشمل العقد تنفيذ عدد من الأشغال العامة ، أو أن يشتمل العقد على توريد سلع للادارة وتنفيذ أشغال عامة وادارة مرافق عامة عن طريق الالتزام . (٣)

-٢- وبالمقابل فان أوجه النشاط الاجنبية عن النشاط الاصلي وغير المرتبطة به لا تدخل في الاعتبار عند تقدير مدى الاختلال الذي أصاب عقدا معينا (٤) . ومن باب أولى اذا أبرم المتعاقد عدة عقود، فان تقدير الارهاق يقدر بالنسبة لكل عقد على حدة . (٥) وعلى ذلك فعلى القاضي

---

(١) - C.E. 4 mai 1949, précité.

(٢) - C.E. 1er juillet 1949, Rec. p. 318.

(٣) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 598.

(٤) - C.E. 20 mars 1976, Département des Hautes-Pyrénées c/Société Sofilia, précité; A.J.D.A. 1976, 552, Concl. Labetoulle.

(٥) - C.E. 14 mars 1962, Manufacture des vêtements Paul Bayé, précité.

عند تقدير قلب اقتصاديات العقد أن ينظر الى كل عقد على حدة مستقلا عـــن بقيــة العقود الأخرى التى قد يكون المتعاقد قد أبرمها مع جهة الادارة، حتـى لو تشابهت أو تماثلت موضوعات هذه العقود • وبالأحرى اذا كانت هذه العقـود قد أبرمت مع أشخاص عامة مختلفة ، كالشركة المكلفة بتنفيذ أشغال عامــة، أو توريد سلع من ذات النوعية مع عدد من المحافظات والوحدات المحليــة المختلفــة • (١)

واذا كان قلب اقتصاديات العقد أحد الشروط الأساسية التى ينبغـى توافرها حتى يمكن الاستناد لنظرية الظروف الطارئة ، فانه أيضا أحد الشـروط التى ينبغى توافرها حتى يمكن تعويض المتعاقد في نطاق نظرية الصعوبـات المادية غير المتوقعة اذا ماكان العقد من العقود الجزافية (٢) •

وقضاء مجلس الدولة الفرنسى مطرد على رفض طلبات التعويض فى حالة العقود الجزافية اذا لم يصـل الضرر الى حد قلب اقتصاديات العقـد (٣) • ويجرى مجلس الدولة الفرنسى على تقدير مدى الاختلال الذى أصاب اقتصاديات العقد بالمقارنــة بين المبالغ الاضافيــة التى أنفقها المتعاقد وبين القيمـة

---

(١) - C.E. 21 novembre 1947, Petot, Rec. p. 647.

(٢) يراجع ص٢١٧ من هذا البحث والاحكام المشار اليها بهامـش ذات الصحيفـة •

(٣) من أحكام المجلس الحديثه في هذا الصدد : حكمه الصادر فـى ١٧ يونيــة سنة ١٩٨٥ فى قضية "Société Cogeci" والمنشور بمجلــة القانون العام ، سنــة ١٩٨٦ ، ص ١٧٢٩• وقد جاء بهذا الحكم :

= "Considérant qu'en admettant même que

الاجمالية للعقد .(١)

La Société "Cogeci" ait rencontré, dans l'exécution de ses travaux, des difficultés imprévisibles provoquées par la présence de rochers, il résulte de l'instruction que ces difficultés n'etaient pas imputables à un fait de la commune et n'ont pas eu, en l'espèce, pour effet de bouleverser l'économie du contrat". =

ويلاحظ من هذه الفقرة التى اقتبسناها من الحكم المشار اليه، ترديده للصيغة التى يلتزمها المجلس فى أحكامه المتعلقة بتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة على العقود الجزافية والتى تتضمن أنه لكى يمكن تعويض المتعاقد ينبغى أن تكون الصعوبات قد أدت الى الاخلال باقتصاديات العقد أو أنها كانت بفعل الادارة. وهذه العبارة الأخيرة تعنى بالطبع نظرية عمل الأمير وان كان التعويض كاملا فى الحالتين، الا أن أساس منح التعويض مختلف فى الحالتين أيضا .

(١) - C.E. 19 février 1936, Sté T.H.E.G., précité.

القســم الثانـــــى

الآثار القانونية المترتبة على كل من النظريات الثـــلاث

تمهيــــد :

سنتناول فى هذا القسم دراســـة الآثار القانونيــــة المترتبة على كـــل من النظريات الثلاث من وجهتيـــن متقابلتين ، وذلك فى فصلين علــــــى النحو التالى :ـ

ـ فى الفصل الأول : سنعرض لتلك الآثار القانونية من زاوية التزامـــات المتعاقد مع الادارة ٠

ـ وفى الفصل الثاني : سندرس هذا الموضوع من زاوية التزامات الادارة ٠

الفصـــل الأول

التزامات المتعاقـد مع الادارة

ان الظروف التي تطرأ أثنـاء تنفيذ العقد الاداري سواء أكانت من فعـــل جهـــة الادارة المتعاقدة ، أو كانت مستقلة عن عمل الادارة اطلاقا ، لا تـؤدي الى اعفاء المتعاقد من تنفيذ التزاماته العقديـة ، الا اذا أصبح هذا التنفيـــذ مستحيلا • وحينئذ لا تندرج هذه الظروف في نطاق أي من النظريات الثـــلاث عمل الأمير والظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة ، وانما قد تشكـــل حالة من حالات القوة القاهرة •

وعلى ذلك فان المبدأ هو التزام المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد ، علـــى الرغم من مصادفـــته لصعوبات أو ظروف لم تكن في الحسبان ابان ابرام العقـــد وحتى لو أدت هذه الظروف الى درجة قلب اقتصاديات العقد في بعض الحـــالات •

أما اذا وجد المتعاقد نفسه ازاء استحالة مطلقـــة في تنفيذ التزاماتـــــه ، فان ذلك يؤدي الى اعفائـــه من التنفيذ ، اذا توافرت العناصر المكونة للقـــوة القاهرة •

وسوف نتناول بالبحث هذين الفرضين على النحو التالي :ـ

المبحث الأول : الاستمرار في تنفيذ العقد •

المبحث الثاني : حالة استحالة تنفيذ العقد (فكرة القوة القاهرة) •

المبحــــــث الأول

الاستمـــرار في تنفيذ العقـــــد

ان تحقيق المصلحة العامة ، كغايـــة تسعى اليها جهة الادارة مـــن خلال ابرام عقودها الادارية ، يحتم على المتعاقـــد معها باعتباره معاونـــا لها في سبيـــل تحقيق هذه الغايـــة ، أن يستمر في تنفيذ الالتزامـــات المتولدة عن العقد على الرغم مما قد يصادفـــه من صعوبات وما قد يعترضـــه من عقبات أثناء التنفيذ . وأكثر تحديدا ، فانه نظرا لصلة العقـــد الادارى بالمرفق العام ، ووجوب الحرص على استمرار وانتظام سيره ، فان ذلك ينعكس بلا شك على التزام المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ التزاماته العقديـــة .

وسوف نعالج هذه الفكـــرة في المطلبين التاليين :ـ

المطلب الاول : أثر فكرة المرفق العام على الالتزام بالاستمرار في التنفيذ .
المطلب الثانى : النتائج المترتبة على هذه الفكرة .

المطلـــب الأول

أثر فكرة المرفق العام على التزام المتعاقد بالاستمرار فـــــى تنفيـــذ العقـــــــد

ان فكرة المرفق العام تشغل مكانا بارزا وأساسيا فيما يتعلق بالقواعـــد التى تحكم التزامات وحقوق طرفي العقد أثناء تنفيذ العقد الادارى (١) .

وعلى الرغم من المحاولات التى بذلها جانب من الفقهاء لتقليص الـــدور الذى تلعبه هذه الفكرة (٢) ، الا أن صلة العقد الادارى بالمرفق العام كانت ولا تزال أحد العلامات البارزة التى اختصت فكرة العقد الادارى بذاتية خاصة مستقلة عن عقود القانون الخاص . ويمكن تلمس الأثر الواضح لفكرة المرفق العام من خلال تكييف حقيقة العلاقة التى تربط المتعاقد بالادارة فهذه العلاقـــة يجب أن ينظر اليها على أنها علاقة تعاون وتعاضد ومشاركة من أجل تسيير المرفق العام الذى أبرم من أجله العقد الادارى . (٣) مما يستلزم بـــذل أقصى الجهد من جانب المتعاقد فى تنفيذ التزاماته العقدية والتى تتعلق فـى المقام الأول بتحقيق النفع العام وخدمة المنتفعين من المرفق العام محـــل التعاقد .

ولقد حرصت المحكمة الادارية العليا على ابراز هذا المعنى وأشـــارت اليه فى العديد من أحكامها ، ومنها حكمها الصادر فى ١٧ يونيه سنـــــة ١٩٧٢ (٤) ، حيث أكدت على أن " هدف المتعاقد مع الادارة هـــو

---

(١) - B. Sablier, Thèse précitée, p. 148 et s.

(٢) يراجع فى هذا الخصوص :

- A. De Laubadère, J.C. Venezia, Y. Gaudemet, T.D.A., 10e éd., t. 1, Op. Cit., p. 35 et s.

(٣) الدكتور محمد سعيد أمين ، الأسس العامة لالتزامات وحقـــوق المتعاقد مع الادارة فى تنفيذ العقد الادارى ، المرجع السابـــق ص ١٣٧ ومابعدها .

(٤) سبقت الاشارة اليه .

المعاونة في سبيل المصلحة العامة .. وهذا يقتضي من الطرفين التساند والمشاركة للتغلب على مايعترض تنفيذ العقد من صعوبات وما يصادفه من عقبات " .

وعلى ذلك فانه أيا ماكان حجم الصعوبات التي واجهت المتعاقد وأثرها على تنفيذ العقد ، فانه من خلال العلاقة التي تربطه بالادارة والتي تهيمن عليها فكرة المرفق العام ومقتضيات سيره بانتظام واطراد، يجب عليه الاستمرار في تنفيذ العقد، واضعا نصب عينيه أن ذات الفكرة المهيمنة على هذه العلاقة لها صداها في تعويضه كليا أو جزئيا بحسب الحالات ، عن الارهاق الذي صادفه في التنفيذ . (١)

واذا كانت مسئولية الادارة في نطاق كل من النظريات الثلاث عمل الأمير والظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة ، تفترض أن الأمر الذي سبب الضرر للمتعاقد لا يتضمن أي خطأ من جانب الادارة ، فان المتعاقد يقع عليه التزام بالاستمرار في تنفيذ التزاماته العقدية متى كان ذلك في استطاعته وطالما أن العقبات التي صادفها لم يترتب عليها استحالة التنفيذ بصفة مطلقة . بل انه حتى في الحالات التي يمكن فيها اثارة مسئولية الادارة المتعاقدة على أساس الخطأ ، والمتمثلة في الاخلال بأحد التزاماتها المتولدة عن العقد ــ والبعيد بطبيعة الحال عن نطاق تطبيق النظريات الثلاث ــ فانه لا يحق أيضا للمتعاقد أن يمتنع عن الاستمرار في التنفيذ مادام ذلك في استطاعته .

وعلى ذلك ومن باب أولى في حالة اثارة المسئولية بدون خطأ من جهة الادارة . (٢)

---

(١) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 1, Op. Cit., p. 708.

(٢) - Ph. Terneyre, Thèse précitée, p. 267 et s.

وهو ما أشارت اليه أيضا المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ٥ يوليو سنة ١٩٧٩ (١) حيث تقول فى عبارات بليغة" من المبادىء المقررة أن العقود الادارية تتميز بطابع خاص ، مناطه احتياجات المرفق الذى يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة ، ولما كان العقد الادارى يتعلق بمرفق عام فلا يسوغ للمتعاقد مع الادارة أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق ، بحجة أن ثمة اجراءات ادارية قد أدت الى الاخلال بالوفاء بأحد التزاماتها قبله ، بل يتعين عليه ازاء هذه الاعتبارات أن يستمر فى التنفيذ مادام ذلك فى استطاعته ، ثم يطالب جهة الادارة بالتعويض عن اخلالها بالتزامها ان كان لذلك مقتضى وكان له فيه وجه حق فلا يسوغ له الامتناع عن تنفيذ العقد بارادته المنفردة والا حقت مساءلته عن تبعة فعله السلبى "٠

ويؤكد أستاذنا الدكتور سليمان الطماوى (٢) "أن العقد الادارى ليس الا أحد وسائل الادارة لضمان سير المرافق العامة ٠ ومن ثم فانه من اللازم الا ينظر الى العقد الادارى باعتباره مصدرا لالتزامات تعاقدية فحسب ـ كما هو الشأن فى القانون الخاص ـ بل يتعين أولا وقبل كل شىء أن يوضع فى الاعتبار أن العقود الادارية تؤدى دورا هاما فى تسيير المرافق العامة بطريق مباشر أو غير مباشر" (٣) ٠ ويترتب على ذلك أن المتعاقد الذى يتوقف

---

(١) سبقت الاشارة اليه ٠

(٢) العقود ، المرجع السابق ، ص ٣٨٧ ٠

(٣) ويلاحظ أن هذا المعنى أشار اليه مفوضوا الدولة أمام مجلس الدولة الفرنسى فى مناسبات عديدة ٠ من ذلك تقرير المفوض "Corneille" فى قضية "Sté d'éclairage de Poiny" التى صدر فيها حكم المجلس بتاريخ ٨ فبراير سنة ١٩١٨ والمنشور بمجلة القانون العام سنة ١٩١٨ ، ص ٢٤٦ ٠

وقد جاء بهذا التقرير :

عن الاستمرار في تنفيذ العقد مهما كانت الصعوبات التي واجهها ، قد لا يستفيد من أي من النظريات الثلاث طالما لم يصبح تنفيذ العقد مستحيلا • وما ذلك الا أحد نتائج فكرة التعاون لمصلحة المرفق العام وأثر هذه الفكرة على حقوق والتزامات المتعاقدين مع الادارة • وهذا المعنى أبرزه المفوض "Odent" في تقريره المقدم في قضية "Ville de Toulon" (١) والتي صدر فيها حكم المجلس في ٢٣ يونيه سنة ١٩٤٤ حيث يقول : " ان ملتزم أو مستغل المرفق العام يعتبر في موقف خاص ، فعليه أن يعمل على ضمان استمرار سير المرفق العام حتى في وجود صعوبة مادية •• وبعبارة أخرى فانه يجب التذكير بأن استمرار المرفق العام يشكل المبدأ الأساسي في التزام المرفق العام " • (٢)

"Dans tout contrat interessant le fonctionnement = même des services publics, l'État ne contracte pas comme un simple particulier... Il contracte pour une collectivité, pour le public, pour les usagers du service public, pour l'intérêt collectif et général".

(١) مجلة القانون العام سنة ١٩٤٥ ، ص ١٠٠•

(٢) وقد جاء في صلب الحكم ذاته العبارة التالية :

"L'obligation qui incombe à un concessionnaire de faire tous ses efforts pour assurer la continuité et, en cas d'interruption la reprise du service public à lui confié".

وفي ذات المعنى يراجع حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ في قضية "Sté d'assainissement" المجموعة ، ص ٢٨٧،وقد جاء به :

ونظرا لأن الأداءات المتقابلة لأطراف العقد الاداري محددة بمقتضيات سير المرافق العامة بانتظام واطراد ، وبوجه عام محددة بفكرة المرفق العام، فان القضاء قد سلم بحق المتعاقد في التعويض بالتطبيق لأي من النظريات الثلاث سواء أكان ذلك التعويض كاملا وفقا لنظرية عمل الأمير ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة أو جزئيا وفقا لنظرية الظروف الطارئة، شريطة استمرار المتعاقد في تنفيذ التزاماته العقدية . وبطبيعة الحال هناك عدد من الأفكار التي يؤسس عليها الحق في التعويض وفقا لكل نظرية من النظريات الثلاث، الا أن تلك النظريات انما خلقها مجلس الدولة الفرنسي لحكمة واحدة، وهي مراعاة مدى صلة المتعاقد بالمرافق العامة[1]، وضمان تنفيذ العقد بطريقة سليمة ومستمرة لمصلحة المرفق العام . واذا أخذنا نظرية الظروف الطارئة كمثال تطبيقي لالتزام المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد ، نجد أن مجلس الدولة الفرنسي منذ حكمه في قضية " غاز بوردو " الصادر في ٣٠ مارس سنة ١٩١٦[2] ــ والذي يعتبر دستور نظرية الظروف الطارئة ــ قد أكد على أن التزام المتعاقد بمواصلة تنفيذ العقد على الرغم من الارتفاع غير المتوقع لأسعار الفحم، ماهو الا التزام مستمد

"La société, à qui incombait l'obligation d'assurer la continuité du service public, même dans des conditions financières provisoirement défavorables..". =

(١) الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي ، العقود ، المرجع السابق ،ص ٦٦٧ .

(٢) سبقت الاشارة اليه وقد جاء بهذا الحكم :

"Il convient de décider d'une part que la compagnie est tenue d'assurer le service concédé ...".

من قاعدة دوام سير المرافق العامة .(١)

ولهذا فان المحكمة الادارية العليا في مصر قد حرصت في حكمها الصادر في ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٨٥ على التأكيد بأنه " ليس مؤدى تطبيق هذه النظرية ، بعد توافر شروطها ، أن يمتنع المتعاقد فورا عن تنفيذ التزاماته الواردة في العقد ..."(٢) فنظرية الظروف الطارئة ـ شأنها في ذلك شأن نظريتي عمل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة ـ لا تؤدي الى تحلل المتعاقد من التزاماته التعاقدية والا اصطدم ذلك بمقتضيات سير المرفق العام بانتظام واطراد ، وهي الغاية التي من أجلها خلقت هذه النظريات ، وهي أيضا

---

(١) - **A. De Laubadère, P. Delvolvé,** "Droit public économique", Précis Dalloz, 4e éd., 1983, p. 648: "Dans l'hypothèse d'imprévision, le conseil d'Etat admet depuis 1916 une théorie de droit public profondément originale, dominée par l'idée de service public. En dépit de la situation d'imprévision le concessionnaire est tenu de continuer à faire fonctionner le service public".

(٢) حكم المحكمة الادارية العليا في الطعن رقم ٢٥٤١ لسنة ٢٩ ق ـ غير منشور ـ سبقت الاشارة اليه .

الغاية التي من أجلها تعاقدت الادارة ، وعلى حد تعبيـــــر الأستــــاذ "Rainaud" فان العقد الاداري يمكن أن يعرف بالغرض منـــه وهذا الغرض هو ضمان استمرار المرفق العام (١) .

هذا بالاضافة الى أن دوام سير المرفق العام كالتزام يقع على عاتق المتعاقد مع الادارة فهو أيضا حق للمنتفعين من خدمات المرفق العام (٢) .

ولذلك فان القضاء يبدي تشددا واضحا كلما تعلق الأمر بحق المنتفعيـن في استمرار أداء المرفق العام بانتظام واطراد ، وبصرف النظر عن الصعوبات التي يواجهها المتعاقد طالما أنها لم تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا (٣) .

---

(١) - **J.-M. Rainaud**, "Principe de continuité et contrat administratif", in La continuité des services publics, études publiées sous la direction de J.P. Gilli, P.U.F., 1973, p. 156: "Le contrat administratif se définit par son but qui est d'assurer la continuité du service public".

(٢) - **J.-M. Rainaud**, Article précité, p. 155.

(٣) - C.E. 7 juin 1929, Cie française de Câbles télégraphiques, Rec. p. 564: "Le concessionnaire d'un service public doit, sauf impossibilité, en assurer le fonctionnement et n'est pas en droit d'en suspendre l'exécution à raison des difficultés...".

الا أنه يجب ملاحظة أن بقاء التزام المتعاقد بالتنفيذ وان كان يرتبط ارتباطا وثيقا بفكرة المرفق العام والنظر للمتعاقد على أنه معاون للادارة في أداء وظيفتها ، فانه يجب عدم الخلط بين مبررات هذا الالتزام والأساس القانوني لتعويض المتعاقد وفقا للنظريات الثلاث .(١)

(١) سوف نلقى مزيدا من الضوء على هذه الجزئية في المبحث الأول من الفصل الثاني من هذا القسم .

المطلـــــب الثاني

النتائج المترتبة على مبدأ التزام المتعاقد بالاستمــــــرار في تنفيذ العقـــــــد

تشترك النظريات الثلاث في أن مواجهة المتعاقد لعقبات أثناء تنفيذ العقـد لا تؤدي الى تحلله من التزاماته الا اذا أدت الى استحالة التنفيذ • وبهذا تختلـف هذه النظريات الثلاث عن فكرة القوة القاهرة في المحصلة النهائية التي تؤدى اليهـا ، حيث تبرأ ذمة المتعاقد من التزامه بالتنفيذ• (١)

---

(١) - A. De Laubadère, F. Modere, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 552 et 605.

ويراجع من أحكام مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد :

- C.E. 5 novembre 1982, Société Propétrol, précité.

وقد جاء بهذا الحكم :

"Si la hausse survenue a partir du mois de mai 1973 sur le marché international du fuel oil domestique était de nature, en l'absence d'une augmentation du tarif officiel servant de base à la determination du prix contractuel, à rendre plus onéreuse l'exécution du marché, cette circonstance ne constituait pas un cas de force majeure mettant la société dans l'impossibilité d'effectuer les fournitures prévues au contrat".

ويترتب على مبدأ التزام المتعاقد بمواصلة تنفيذ العقد ، أن المتعاقد الذى يتوقف عن تنفيذ التزاماته العقدية ، يتعرض للجزاءات التعاقدية ـ لاسيما عقوبة غرامات التأخير ـ دون أن يكون بمكنته الاحتجاج بمواجهته لصعوبات وارهاق فى التنفيذ .(١)

ومن ناحية أخرى ، فان تقدير توافر شروط تطبيق اى من النظريات الثلاث أمر يستقل به قاضى العقد ، ولا يحق للمتعاقد الذى واجهته صعوبات فى التنفيذ أن يتوقف عن الاستمرار فى ذلك التنفيذ بمقولة أن العقبات التى صادفها مما تندرج فى نطاق تطبيق هذه النظرية أو ذاك ، وقد ينتهى الأمر برفض طلب التعويض لعدم توافر شروط تطبيق أى من النظريات الثلاث .(٢)

ومن خلال التطبيقات القضائية لمجلس الدولة الفرنسى ، فان المتعاقد الذى يستمر فى تنفيذ التزاماته العقدية ، يحق له المطالبة بعدم توقيع الغرامات المالية عن التأخير فى التنفيذ .(٣) فاذا كان التزام المتعاقد

---

(١) يراجع فى شأن الجزاءات الادارية والتى تملك الادارة حق توقيعها على المتعاقد :
مؤلف استاذنا الدكتور الطماوى ، العقود ، المرجع السابق ، ص ٤٥٠ ومابعدها .
رسالة الدكتور عبدالمجيد فياض ، نظرية الجزاءات فى العقد الادارى ، المرجع السابق ، ص ١٦٧ ومابعدها .

(٢) - **De Lamothe,** Concl. sous C.E. 2 juillet 1982, Société routière Colas, "Marches Publics", octobre-novembre 1983, p. 53 et s.

(٣) - **A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé,** T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 142.

باحترام مدد التنفيذ يعتبر أمرا جوهريا لارتباط هذه المدد بحاجة المرفـــق محل التعاقد (١) ، الا أنه يجب أن يوضع في الاعتبار الصعوبات التي اعترضت التنفيذ الطبيعي للعقد في المدة المحددة ، مما يبرر اعتباره عذرا للاعفـــاء أو لتخفيض الجزاءات المقررة .

وتطبيقا لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في قضيـــة (٢)

"Ministre des travaux publics c/ Société nationale de construction"

باعفاء الشركة من غرامات التأخير وبتعويض الشركة استنادا لنظرية الصعوبـــات المادية غير المتوقعة عن الصعوبات التي واجهتها اثناء تنفيذ الاشغال . وفـــي نطاق نظرية عمل الأمير ، اذا كان الاجراء الصادر من جهة الادارة المتعاقـــدة دون أن يؤدي الى استحالة التنفيذ ولكن علـــى الاقل يؤدي الى جعل هـــذا التنفيذ عسيرا ، فانه يمكن اعتباره عذرا قابلا لأن يسمح للمتعاقد أن يطلـــب اعفاءه أو تخفيض الغرامات المالية المترتبة على التأخير في التنفيذ. (٣)

---

(١) تراجع المادتان ٨٢، ٩٢ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيـــــم المناقصات والمزايدات والتي قررت توقيـــع غرامات ماليـة على المتعاقد الذي يخل بالتزامه بالمدد المحددة للتنفيذ .

(٢) - C.E. 13 décembre 1961, Rec. p. 706.

(٣) الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي ، العقود ، المرجـع السابـــق ، ص ٥٩٥ .

وانظر في نفس المعنى :

الدكتور علي الفحـــام ، سلطة الادارة في تعديـــل العقـــد الاداري ، المرجع السابق ص ٣٨١ .

وأحيانا يكون الاعفاء من غرامات التأخير بمثابة شكل من أشكال تعويض الضرر الذى أصاب المتعاقد عندما تتساوى مع ذلك التعويض ، وحينئذ يكتسب التعويض شكل الاعفاء من الغرامة المقررة [١].

وأيضا فى نطاق نظرية الظروف الطارئة ، فان المتعاقد دون أن يتوقف عن تنفيذ التزاماته العقدية ، لا يحترم فحسب المدة المحددة لتنفيذ هذه الالتزامات ، ونظرا لأن تنفيذ هذه الالتزامات لم يصبح مستحلا ، فانه قد يتعرض لتوقيع غرامات التأخير المقررة فى هذا الخصوص . ولكن لكونه لم يتوقف عن التنفيذ فانه يمكنه الاستفادة من تطبيق نظرية الظروف الطارئة وامكانية الحصول على تعويض استنادا اليها[٢].

واذا كان توقف المتعاقد عن الاستمرار فى تنفيذ العقد ، يحرمه من كل حق فى التعويض بناء على الظروف الطارئة حتى ولو اكتملت شروط تطبيقها[٣]، الا أن مجلس الدولة الفرنسى قد سمح بتطبيق تلك النظرية فى بعض الحالات التى قدر فيها حجم الصعوبات الجسيمة التى تعرض لها المتعاقد على الرغم من التوقف عن تنفيذ العقد[٤]. وتطبيقا لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسى فى قضية

---

(١) الأستاذ الدكتور ثروت بدوى ، نظرية عمل الأمير ، المرجع السابق ، ص ١٤٧.

(٢) - C.E. 13 novembre 1953, Charnit, Liquidateur de la Société Collet, Rec. p. 490.

(٣) - Concl. Latournerie, sur Cons. d'Etat 9 mars 1928, Scieries africaines, R.D.P. 1928, p. 328.

(٤) - **J. Georgel**, J.C.A., 1984, Fasc. 512, Op. Cit., n°. 95.

"Bonabeau" (١) بأنه اذا كان تنفيذ العقد قد توقف بناء على أوامر سلطات الاحتلال ، فان ذلك لا يرجع الى المتعاقد وبناء عليه فانه بالامكان أن تطبق نظرية الظروف الطارئة اذا توافرت شروط تطبيقها . وقد قضت المحكمة الادارية العليا بتطبيق نظرية الظروف الطارئة على الرغم من توقف الشركة المتعاقدة عن تنفيذ التزاماتها العقدية في عقد التوريد ، وذلك فى حكمها الصادر فى ٩ يونيه سنة ١٩٦٢ . (٢)

وان كانت المحكمة لم تصل الى حد اعفاء الشركة المتعاقدة من غرامة التأخير والمصاريف الادارية الا أن المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٨٥ (٣) ، بعد أن استعرضت شروط تطبيق النظرية

---

(١) - C.E. 29 janvier 1958, Rec. p. 50; A.J.D.A., 1958, II, p. 61.

(٢) سبقت الاشارة اليه . وقد جاء بهذا الحكم :
" ان تطبيق هذه النظرية (الظروف الطارئة) لا يعفى الشركة من غرامة التأخير والمصاريف الادارية وفقا لأحكام لائحة المخازن والمشتريات، وأنه يجب أن يؤخذ فى الاعتبار عند توزيع الخسارة بين الشركة والوزارة الظروف التى أبرم فيها العقد من ارتفاع مفاجىء فى أسعار الزئبق بسبب تهافت الدول الكبرى على شرائه واستمرار هذا الارتفاع طوال مدة التنفيذ " .

(٣) حكمها الصادر فى الطعن رقم ٢٠٤١ لسنة ٢٩ ق ـ سبقت الاشارة اليه . ويراجع كذلك حكم المحكمة الادارية العليا الصادر بجلسة ١٨ ديسمبر سنة ١٩٨٤ فى الطعن رقم ١٢٢٣ لسنة ٢٧ ق ـ سبقت الاشارة اليه . وقد جاء به أن : " تطبيق هذه النظرية يفترض بداءة أن يتم تنفيذ العقد الادارى تنفيذا كاملا ... اذا لم يقم المتعاقد بتنفيذ التزاماته التعاقدية كاملة بعد أن أعفته الجهة الادارية من توريد جزء من الكمية المتعاقد عليها فلا محل لطلب التعويض ..... "

عادت وأكدت على المبدأ الأساسي قائلة انه " ليس مؤدى تطبيق هذه النظرية، بعد توافر شروطها ، أن يمتنع المتعاقد عن تنفيذ التزاماته الواردة بالعقد، للمتعاقد أن يدعو الادارة المتعاقدة معه لمشاركته في تحمل نصيب من الخسارة التي حاقت به نتيجة تنفيذ العقد في ظل الظروف الطارئة ، واذا رفضت جهة الادارة يلجأ المتعاقد الى القضاء .. " .

وفي مجال تنفيذ العقد قد يطرأ ظرف يقلب اقتصاديات العقد دون أن يجعل تنفيذه مستحيلا ، ثم يتحول الظرف الطارىء في مرحلة لاحقة الى حالة قوة قاهرة يستحيل معها مواصلة تنفيذ العقد ، بمعنى أنه يتتابع أولا الظرف الطارىء، ثم القوة القاهرة خلال فترة من الزمن . فاذا كان المتعاقد قد استمر في تنفيذ العقد خلال المرحلة التي كان الحدث فيها مجرد ظرف طارىء بحيث يمكن مواصلة تنفيذ العقد ، فانه يمكنه الاستفادة من تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، حتى ولو كان مضطرا لايقاف هذا التنفيذ خلال مرحلة لاحقة .(١)

ولكن اذا تبين أن العقد الاداري لن يعود اليه توازنه على الرغم من معاونة الادارة للمتعاقد ، وأن قلب اقتصاديات العقد قد أصبح نهائيا ، فان لكل من طرفي العقد أن يطلب من القاضي فسخ العقد اذا أخفق الطرفان في الوصول الى اتفاق جديد يعيد الحياة للعقد .(٢)

---

(١) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 605.

ويراجع من أحكام مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد :

- C.E. 30 juin 1932, Commune de Ganges, Rec. p. 647.
- C.E. 28 février 1941, Ministre des travaux publics c/Cie des chemins de fer de Provence, Rec. p. 23.

(٢) سنتناول هذه الجزئية بالتفصيل عند الحديث عن حالة القوة القاهرة في المبحث الثاني من هذا الفصل .

وبالاضافة الى حالة القوة القاهرة التى تحرر المتعاقد من الالتـــــزام بالتنفيذ ، اذا كان من شأن الاجراء الصادر من الادارة المتعاقدة ان يصبـــح التنفيذ مستحيلا ، فان المتعاقد يمكنه أن يطالب بفسخ العقد اذا ما ترتـــب على الاجراء الادارى صعوبات تجاوز الحد [(١)] ، صعوبات من شأنها زيـــادة أعباء ه بدرجة كبيرة لا تحتملها امكانياته المالية أو الفنية [(٢)] .

والفرض هنا أن عمل الأمير لم يؤد الى استحالة التنفيذ ، وأن هنـــاك التزام بالاستمرار فى تنفيذ الالتزامات التعاقدية المتولدة عن العقد والمرتبطـة بوظيفة المرفق العام ، فكيـف يمكن التوفيق بين هذا الالتزام وبيــــن طلب الفسخ الذى يطلبه المتعاقد ؟ .

ومن ناحية أخرى هل يمكن تعويض المتعاقد عن الأضرار التى لحقت به على الرغم من أن فسخ العقد كان بناء على رغبته ؟ واذا أجيب لطلبه فهـــل يكون التعويض كاملا بحيث يشمل العنصرين الأساسيين لكل تعويض ، وهما ما يلحق المتعاقد من خسارة وما فاته من كسب كان يعول عليه لو لـــــم يختل توازن العقد نتيجة عمل الأمير ؟ .

بداية فانه فيما يتعلق بالاجراءات التى تتخذها الادارة المتعاقـــدة وتؤدى الى زيـادة أعباء المتعاقد بما يتجاوز امكانياته المادية او قدراتـــــه الفنية ، فان هذه الاجراءات أيا كانت أهميتها أو طبيعتها فانها طالما كانـت فى اطار موضوع العقد وفى اطار القواعد العامة للمشروعية ، فان مـــــدى

---

(١) الأستـاذ الدكتور محمود حلمى ، العقد الادارى ، المرجـــــع السابق ص ١٢١ .

(٢) الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى ، العقـود ، المرجع السابـق ، ص ٥٩٥ .

ما يترتب عليها من زيادة أعباء المتعاقد وتجاوز امكانياته لا يخرج بها عن إطار أنها اجراءات مشروعة تستهدف في المقام الأول حاجات المرفق العام الذى تعاقـــدت الادارة من أجله . (١) أما اذا كانت تلك الاجراءات غير مشروعة ، فاننـــــا لا نكون بالطبع في نطاق نظرية عمل الأمير ويحق للمتعاقد أن يلجأ لقاضـــى العقد طالبا الغاء هذه القرارات غير المشروعة . (٢)

وعلى ذلك فان الفـرض الذى نحن بصدده ينحصر في الاجراءات المشروعة لجهة الادارة ، والأمر الطبيعي أن يتم تعويض المتعاقد تعويضا كامـلا ، وأن يستمر في تنفيذ التزاماته التعاقدية ، الا أن المتعاقد قد يجد نفـــــسه ازاء حالة لا يجدى فيها التعويض، عندما تتجاوز النتائج المترتبة على الاجراءات المفروضة عليه الوسائل المادية والفنية التي بين يديه . ولهذا فانه قد يضطر ان عاجلا

---

(١) - **S. Badaoui**, Thèse précitée, p. 148.

(٢) - **Ph. Terneyre**, Thèse précitée, p. 280 et s.

وانظر في نفس المعنى :

- **P. Delvolvé**, "Responsabilité contractuelle", Op. Cit., nos. 131 et 241.

ويراجع من أحكام مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد :

- C.E. 5 juin 1918, Daux c/Ville de Nancy, Rec. p. 536; 23 juin 1920, Briançon, Rec. p. 624: "changement ou bouleversement de l'économie du projet"; C.E. 17 février 1978, Soc. Cie française d'entreprises, Rec. p. 88: "modification essentielle aux conditions du marché".

ولمزيد من التفاصيل يراجع :

مؤلف الاستاذ الدكتور سليمان الطماوى ،العقود ،المرجع السابـــــق ، ص ٤١٥ ومابعدها والاحكام التى اشار اليها .

أو آجـلا أن يتوقف عن تنفيذ التزاماته العقدية بسبب عدم ملائمة وعدم كفايـــة موارده المالية أو الفنية • فالطلب الذى يتقدم به لفسخ العقد ماهو الا نتيجـــة حتمية للموازنة بين صالحه المشروعة والغرض الأسمى لدوام سير المرفق العـــام، وحتى يمكن للادارة أن تتدبر أمرها بالبحث عن متعاقد جديد تسمح امكاناتـــه المادية والتقنيـــة بالاستمرار فى تنفيذ العقد فى ظل الأوضاع الجديدة التى ترتبت على الاجراءات التى اتخذتها جهة الادارة • (١)

وهكذا لا يوجد تعارض بين طلب الفسخ ومقتضيات سير المرفق العام وحق الادارة فى اتخاذ ماتراه لازما وفقا لسلطاتها الاصيلة فى هذا الشأن •

ومن ناحية أخرى فان التزام المتعاقد بالاستمرار فى تنفيذ التزاماته العقدية لا يسقط بمجرد طلبه فسخ العقد ، وانما يجب عليه الاستمرار فى التنفيذ حتـــى يحكم قاضى العقد بالفسخ ، وقد لا يجيبه القاضى لطلبه فى فسخ العقد فيتعرض للجزاءات التعاقديـــة اذا ماتوقف عن تنفيذ التزاماته المتولدة عن العقد (٢) •

أما اذا حكم القاضى بفسخ العقد ، فان آثاره ترتد الى تاريخ رفع الدعوى (٣) ، ويتحرر المتعاقد من الالتزام بالتنفيذ ومن كل النتائج المترتبة على الاجـــراءات التى قد تكون الادارة قد اتخذتها ضده كعدم توقيع غرامات التأخير وما الـــى ذلك • (٤)

---

(١) - S. Badaoui, Thèse précitée, p. 148.

(٢) - C.E. 27 février 1925, Dolfini, Rec. p. 220; 14 mai 1932, Dotto, Rec. p. 498.

(٣) الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى ، العقود ، المرجـــع السابـــق ، ص ٧٠٦ •

(٤) - C.E. 23 juin 1920, Briancon, Rec. p. 626.

وبالاضافة الى ذلك يكون من حق المتعاقد أن يجمع بين بعض هـذه النتائج اذا تعددت الأسباب ، كالحصول على التعويض والفسخ أو الجمع بين التعويض وعدم توقيع الجزاءات التعاقدية [(١)] . ولكن هل يكون التعويض فى هذه الحالة تعويضا كاملا ؟ . الذى يثير هذا التساؤل هو أن مسئولية الادارة فى هذه الحالة تقوم على اساس المسئولية العقدية دون خطأ ، وهو ذات الأساس الذى تقوم عليه مسئولية الادارة فى حالة ممارسة الادارة لحقها فى فسخ العقد بارادتها المنفردة لأغراض تتعلق بالصالح العام ، دون أن يرتكب المتعاقد معها أى خطأ وهو مايطلق عليه اصطلاحا **"La résiliation sans faute"** وهذا الحق أمر مسلم به للادارة دون حاجة للنص عليه فى العقد ، بما يتراءى لها أنه أكثر اتفاقا مع الصالح العام . [(٢)] وهو الأمر

---

(١) - **A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé**, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 552.

(٢) - **Ph. Terneyre**, "La résiliation sans faute des contrats administratifs de service économique" note sous Conseil d'Etat 5 février 1986, S.A. Sogam, les petites affiches, 28 mai 1986, p. 18 et s.

ويراجع فى موضوع سلطة الادارة فى فسخ العقد بارادتها المنفردة دون خطأ :

- **A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé**, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 659 et s.
- **J. Dufau**, Les concessions de service public, éd. du Moniteur, Op. Cit., p. 172 et s.

- الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى ، العقود ، المرجع السابق ، ص٧٠٢ ومابعدها .
- الأستاذ الدكتور ثروت بدوى ، نظرية عمل الأمير ، المرجع السابق ، ص١١٩ ومابعدها .

الذى أعادت التأكيد عليه محكمة التنازع الفرنسية فى حكمها الصادر فى ٢ مارس سنة ١٩٨٧ [(١)] .

فالتعويض فى هذه الحالة الأخيرة يجب أن يشمل مالحق المتعاقد من خسارة وما فاته من كسب شريطه أن يثبت المتعاقد أن الفسخ قد أصـــابه بضرر [(٢)] ، سواء أكان الضرر ماديا أو معنويا. [(٣)]

ولا غرابة فى ذلك فاذا كانت الادارة رائدها فى فسخ العقد تحقيـــق الصالح العام ، فان المتعاقد من جانبه لم يرتكب أى خطأ [(٤)] ، وهو الأمر الذى أكده مجلس الدولة الفرنسى فى حكمه الصادر فى ٥ فبراير سنة ١٩٨٦ فى قضية "S.A. Sogam" [(٥)] .

على العكس من هذه الحالة ، فان الفسخ فى الحالة الأولى يتم بنـاء على طلب المتعاقد ، لأن الاستمرار فى تنفيذ العقد أصبح أمرا يتجـــاوز امكانياته المادية أو الفنية وان كان ذلك بسبب تدخل الادارة المشروع أثنـاء تنفيذ العقد. واذا كان سبب الفسخ مختلفا فى الحالتين، الا أنه يجمعهـا

---

(١) منشور فى المجلة الفرنسية للقانون الادارى (Rev. fr. dr. adm.) سنة ١٩٨٧ ، ص ١٩١ مع ملاحظات "F. Moderne"
وقد أكدت محكمة التنازع بوضوح حق الإدارة فى إنهاء عقد إلتـــزام المرفق العام بالإرادة المنفردة .

(٢) - C.E. 21 décembre 1928, Sté Nerson, Rec. p. 1340; 7 novembre 1930, Teysseyre, Rec. p. 912.

(٣) - C.E. 17 février 1926, Sté Carette, Rec. p. 185.

(٤) - **Ph. Terneyre**, note précitée, les petites affiches, 28 mai 1986, p. 21.

(٥) - Les petites affiches, 28 mai 1986, précité; R.D.P. 1986, p. 1722, précité.

عدم امكان نسبة الخطأ لكل من طرفي العقد • ولهذا لا نجد سببا يحول دون تعويض المتعاقد تعويضا كاملا ، على اعتبار أن الفسخ هنا أحد النتائج المترتبة على نظرية عمل الأمير، وهذا التعويض يشمل مافات المتعاقد من كسب وما لحقه من خسارة • (١)

---

(١) ويؤيد الأستاذ الدكتور ثروت بدوى تعويض المتعاقد تعويضا كاملا تطبيقا للمبادىء العامة ومستشهدا بحكمين لمجلس الدولة الفرنسي : الأول صادر في ٣٠ مارس سنة ١٩٠٦ في قضية "Samaran" (المجموعة ص ٢٩٠)والثاني صادر في ٢٦ يوليو سنة ١٩٤٧ في قضية "Bongert" (المجموعة ص ٣٥١)ـ يراجع في التفاصيل رسالته السابق الاشارة اليها ص ١٥٢•

ويؤيد الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى تعويض المتعاقد تعويضا كاملا في حالة فسخ العقد كموازن لسلطات الادارة في التدخل في مجال العقد الادارى ، وأن هذا التعويض " يغطي جميع مايلحق بالمتعاقد من أضرار ، وما يفوته من كسب ، بسبب الحكم بفسخ العقد ، لأن مرجع الفسخ بالفرض ، الى تصرف الادارة " يراجع مؤلفه في العقود السابق الاشارة اليه ص ٧٠٦ •

المبحث الثاني
حالة استحالة تنفيذ العقد: فكرة القوة القاهرة

في مجال تنفيذ العقد الادارى ، قد يصادف المتعاقد مع الادارة صعوبات غير منظورة لم يكن يتوقعها وظروفا استثنائية لم تكن في الحسبان أو يتعرض لتدخلات جهة الادارة المتعاقدة ، مما قد يؤدى الى التأثير على ظروف تنفيذ العقد ،إما بجعل هذا التنفيذ أكثر صعوبة وارهاقا للمتعاقد ، وإما أن تؤدى هذه الأفعال ذات الطبيعة المختلفة الى جعل تنفيذ العقد مستحيلا . ويترتب على ذلك أن التزام المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد يظل قائما طالما كان هذا التنفيذ في حد ذاته ممكنا ومهما كانت درجة المشقة التي يواجهها أثناء التنفيذ ، مع امكان تعويضه بالاستناد الى احدى النظريات الثلاث ، عمل الأمير والظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة بحسب الأحوال وتوافر شروط التطبيق كما سبق أن أوضحنا .

أما في حالة استحالة تنفيذ العقد ، فهنا نكون ازاء فكرة " القوة القاهرة" التي تختلف عن جميع النظريات المشار اليها في أنها الوحيدة التي يصبح بمقتضاها تنفيذ التزامات المتعاقد مع الادارة مستحيلا ، وبالتالي فهي الوحيدة التي تؤدى الى اعفاء المتعاقد من التنفيذ .... ولهذا السبب فقد آثرنا أن نفرد لها مبحثا مستقلا وبعد أن نكون قد تعرضنا بالدراسة للنظريات الأخرى ــ ولفكرة القوة القاهرة وضع متميز في نطاق العقود الادارية بالنظر الى الطبيعة الخاصة لهذه العقود ، وما أضفاه مجلس الدولة الفرنسي من توسع في مفهوم هذه الفكرة واستحداثه لما يطلق عليه " القوة القاهرة الادارية " "La force majeure administrative" بالاضافة الى المعنى الأصيل للقوة القاهرة.

وبالطبع فان النتائج القانونية لكل من هذين المعنيين ليست متماثلة وهو ما سنتعرض له بالبحث على الوجه التالي :ــ

١ ــ المطلب الاول : المفهوم التقليدي لحالة القوة القاهرة .

٢ ــ المطلب الثاني : فكرة القوة القاهرة الادارية .

المطلـــب الاول

المفهوم التقليدى لحالـــة القوة القاهـــــرة

القوة القاهرة هي الحادث الخارجي عن ارادة الأطراف المتعاقدة ، وغيـــر المتوقع ، والذي يستحيل دفعه ، ويؤدى الى استحالة تنفيذ الالتزامـــــات التعاقدية (١) . وهذا التعريف يوضح العناصر الثلاثة الاساسية المكونة لحالــــة القوة القاهرة التي أشار اليها مفوض الحكومة "Tardieu" في تقريره أمــام مجلس الدولة الفرنسي في قضية "Compagnie des Messageries Maritimes" (٢) ، والتي تتمثل في الحدث الخارجي وعدم امكان التوقـــع واستحالة الدفع .

واذا كانت هذه العناصر هي ذاتها المكونة للقوة القاهرة في القانون الخاص (٣) ،

---

(١) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 1, Op. Cit., p. 727.

(٢) - C.E. 29 janvier 1909, D. 1910, 3, p. 89, Concl. Tardieu; G.A.J.A., 7e éd., p. 81, observation MM. Long, Weil et Braibant.

وقد جاء بتقرير الأستاذ "Tardieu" في هذه القضية :

"Pour que la grève constitue un cas de force majeure, il faut qu'elle réunisse trois caractères: 1., il faut qu'elle soit indepéndante de la volonté de l'entrepreneur; 2., il faut qu'elle le mette dans l'impossibilité absolue de remplir ses obligtions; 3., il faut qu'il n'ait pu la prévenir ou la faire cesser".

(٣) يعرف الأستاذ "François, Chabas" القوة القاهرة تعريفا شامـــلا للعناصر الثلاثة المشار اليها في المتن وذلك على النحو التالي :

"La force majeure est un événement imprévisible et irresistible, généralement exterieur à celui qui l'invoque".

الا أنه بالنظر الى الطبيعة الخاصة للعقود الادارية وما تستلزمه من بذل اقصى الجهد من جانب المتعاقدين لضمان تنفيذ العقد ، على اعتبار أنهم مكلفون بمهمة تتعلق بمصلحة عامة ، فان القاضي الاداري يبدى تشددا واضحا في تقدير سلوك المتعاقد وماهو متطلب منه من جهود في هذا المجال أكثر مما تتطلبه المحاكم العادية في مجال تنفيذ العقد المدني .

هذا المعنى أبرزه بدقة الأستاذ "Tardieu" في تقريره أمام مجلس الدولة الفرنسي سنة ١٩٠٩ وأشار اليه العديد من الفقهاء كاحدى نتائج فكرة التعاون لمصلحة المرفق العام وأثرها على التزامات وحقوق المتعاقدين (١).

ومن ناحية أخرى اذا كانت القوة القاهرة تعتبر سببا مشروعا لفسخ العقد اذا استحال تنفيذه بصفة مطلقة ، الا أنه تحت تأثير الطبيعة الخاصة للعقود الادارية ، فان الأستاذ " دى لوبادير " يرى أنه يتعين في هذه الحالة على المتعاقد أن يلجأ الى القضاء للحصول على حكم بفسخ العقد للقوة القاهرة.أما فيما يتعلق بالادارة فانها تستطيع انهاء العقد بقرار منها بناء على

= انظر لمزيد من التفاصيل :

- F. Chabas, "Force majeure", Repertoire Dalloz de droit civil, Op. Cit. p. 2 et s.

(١) يراجع على سبيل المثال :

- J. Georgel, J.C.A., Fasc. 507, n°. 85 et s.; M. Waline, Article précité in R.D.P., 1951, p. 5; A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 1, Op. Cit., pp. 706-728.

سلطتها في انهاء العقد بارادتها المنفردة. (١)

ويعلق أستاذنا الدكتور سليمان الطماوي على هذا الرأي بأنه " رغم مجافاته لفكرة القوة القاهرة كسبب يؤدي الى الاستحالة المطلقة في تنفيذ الالتزامات العقدية ، يضع في الاعتبار الظروف الخاصة بالعقود الادارية ، والتي تستلزم الاستمرار في أداء الخدمة حتى لا يتوقف المرفق مهما كان الثمن . وبالتالي يجب ألا يترك للأفراد حرية تقدير ما يعتبر من قبيل القوة القاهرة .... " (٢)

---

(١) مطول في العقود ، الجزء الثالث ، ص ١٤٩ . ويلاحظ أن الأستاذ " دي لوبادير " ـ قد أشار الى الفرض الخاص بهلاك موضوع العقد كاحدى صور انقضاء العقد بقوة القانون وهو ماقضى به مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في ١٦ يوليو سنة ١٩٥٢ في قضية "Electricité de France" المجموعة ص ٣٨٠. أما في غير تلك الحالة والتي لا يظهر فيها اثر القوة القاهرة بهذا الوضوح ، فهو يقول :

"Nous pensons que lorsque la résiliation est recherchée par le cocontractant elle doit alors être demandée par celui-ci au juge du contrat; mais lorsqu'elle est recherchée par l'administration, on peut penser que celle-ci est justifiée à prononcer elle-même la résiliation en usant du pouvoir de résiliation administrative unilatérale".

(٢) مؤلفه في العقود ، المرجع السابق ، ص ٧٠٣.

وفيما يلي سنعرض – بالقدر الذي تقتضيه هذه الدراسة – للشروط الواجب توافرها للتسليم بوجود حالة القوة القاهرة وأهم التطبيقات القضائية لها والنتائج القانونية المترتبة عليها فيما يتعلق بالتزامات وحقوق اطراف الرابطة العقدية في نطاق القانون الاداري •

أولا : شروط حالة القوة القاهرة :(١)

١ – الحادث الخارجي : "L'extériorité"

ان الفعل المكون للقوة القاهرة يجب أن يكون أجنبيا عن ارادة المتعاقد ومستقلا تماما عنه ، أي أنه لم يحدثه بأي تصرف من جانبه ولم يساهم في احداثه ولم يكن لارادته أي دور في تحقيقه • وهذا يستتبع أنه لم يكن في استطاعته منع تحقيقه(٢) • والبعض يرى أن هذا الشرط هو الذي يسمح بامكانية

---

(١) يلاحظ أن العناصر المكونة لحالة القوة القاهرة في مجال المسئولية العقدية هي ذات العناصر التي تعرف بها القوة القاهرة في مجال المسئولية التقصيرية "La responsabilité délictuelle" في القانون الاداري • يراجع في هذا الشأن :

- J. Lamarque et F. Moderne, "L'affaire de Malpasset devant la juridiction administrative", A.J.D.A. 1972. 316; Théry, Concl. sur C.E. 20 juillet 1971, Département du Var, C.J.E.G. 1971. J. 235.
- A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 1, Op. Cit.; p. 728.

(٢) وانظر في نفس المعنى :

- A. Maral, Thèse précitée, p. 26.
- F. Llorens, Thèse précitée, p. 506.

الدكتور عبدالمجيد فياض ، "نظرية الجزاءات في العقد الاداري ، المرجع السابق ، ص ١٥٤ ومابعدها •

التمييز بين حالة القوة القاهرة وبين الحادث الفجائى **"Cas fortuit"**(١). فاذا كان القانون الخاص لا يقيم أى تفرقة بين القوة القاهرة والحادث الفجائى(٢)، فان فقهاء القانون العام ـ منذ التعليق الشهير للعميد هوريو(٣) على حكم مجلس الدولة الفرنسى فى قضية **"Ambrosini"** ـ قد ميزوا بين هاتين الفكرتين والاثار المترتبة على كل منهما(٤). ويقوم معيار التمييز على أساس فكرة

---

(١) - **G. Vedel**, Droit administratif, 4e éd., 1968, p. 345; R. Chapus, Thèse précitée, nO. 438.

(٢) يراجع فى هذا الصدد :

- **J. Carbonnier**, Droit civil, les obligations, t. 4, P.U.F., Thémis, 1969, nO. 74 et s.
- **A. Weill**, Droit civil, les obligations, Dalloz 1971, nO. 412 et s.
- **B. Soinne**, "La responsabilité des architectes et des entrepreneurs après la réception des travaux", Thèse, L.G.D.J., 1969, p. 162 et s.
- **F. Llorens**, Thèse précitée, p. 508 et s.

ويراجع نص المادة ١١٤٨ من القانون المدنى الفرنسى ونص المادة ١٦٥ من القانون المدنى المصرى حيث ورد ذكر القوة القاهرة والحادث الفجائى كمترادفين .

ويراجع فى الفقه المصرى : الأستاذ الدكتور عبدالرزاق السنهورى ، الوسيط ، المرجع السابق ص ٨٧٦ ومابعدها .

(٣) - **Hauriou**, note sous C.E. 10 mai 1912, Ambrosini, S. 1912. 3. 161.

(٤) Note **Bonnard** et Concl. **Latournerie** sous C.E. 25 janvier 1929, Cie du gaz de Beauvais, S. 1929, 3, 81; note **Waline** sous C.E. 9 juillet 1948, Capot et Denis, R.D.P. 1948, p. 576; **J. Théry**, Concl. sur C.E. 20 juillet 1971, Dép. du Var, précitées.

السبب المعلوم في نطاق القوة القاهرة والسبب المجهول في نطاق الحادث الفجائي. وهي ذات الفكرة التي يبدو أن مجلس الدولة الفرنسي قد أقرها في حكمه الصادر في قضية **"Cie du gaz de Beauvais"** (١)

الا أننا لا نتفق مع الاتجاه الذي يرى أن الحادث الفجائي له ذات الخصائص المميزة للقوة القاهرة باستثناء خصيصة " الحادث الخارجي". وبعبارة أخرى فان ماذهب اليه المفوض **"Théry"** في تقريره المقدم أمام مجلس الدولة الفرنسي في قضية **"Dép. du Var"** (٢)، من أن شرط الحادث الخارجي هو وحده الذي يميز بين القوة القاهرة والحادث الفجائي، هو أمر قابل للنقاش.

فالأستاذ **"Théry"** يرى أن الحادث الفجائي حادثا داخليا ينجم عن الشيء ذاته، أما القوة القاهرة فهي حادث خارجي عن الشيء الذي تتحقق به المسئولية، وأن ذلك هو الفارق الوحيد بين الفكرتين، أما فيما عدا ذلك فكل من القوة القاهرة والحادث الفجائي لهما ذات الخصائص من حيث عدم امكان التوقع وعدم امكان الدفع (٣). وفي الواقع فانه يصعب التسليم بهذا

---

(١) مجموعة سيرى، الجزء الثالث، ص ٨١، سابق الاشارة اليه.

(٢) - Concl. **J. Théry,** sur C.E. 20 juillet 1971, précitées.

(٣) وقد جاء بهذا التقرير :

"C'est par L'extériorité, et par elle seule, que la force majeure se distingue du cas fortuit. Cas fortuit et force majeure présentent, en effet, les mêmes caractères d'imprévisibilité et d'irresistibilité .. la seule différence est que dans un cas, le dommage trouve sa cause première et unique dans la constitution intime de la chose, tandis que dans le second, elle trouve sa cause première dans un phénomène qui lui est extérieur...".

الرأي ، فكما يقول الاستاذ "Bonnard" فان الذي يميز بدقـــــ
الحادث الفجائي أن الفعل المكون للسبب الأول للحادث أمر مجهول وغير معروف
واذا كان الأمر كذلك فانه من المستحيل أن نجزم بأنه أمر داخلي أو خارجـــــي
حيث الفـرض أن أحدا لا يعرف سببه [١] . بالاضافة الى ذلك فان أغلـــــ

= وانظر في نفس المعنى :

- **M. Waline**, note sous C.E. 9 juillet 1948, Capot et Denis, précitée; **R. Chapus**, Thèse précitée, p. 445.

ويبدو أن هذا الاتجاه قد اعتمد على تعريف العميد " هوريو " للقـــوة القاهرة والحادث الفجائي . يراجع في ذلك تعليقه السابق الاشـــــارة اليه المنشور في مجموعة سيري ص ٨١ .

(١) - **R. Bonnard**, note sous C.E. 25 janvier 1929, Cie du gaz de Beauvais, précitée.

وقد جاء بهذا التعليق :

"L'interiorité ne peut pas être affirmée parce que le cas fortuit est précisément caractérisé par le fait que la cuse première de l'accident est inconnue et inconnaissable. Si elle est telle, il est donc impossible d'affirmer qu'elle est interne ou externe puisqu'on ne la connait pas".

الفقهاء الفرنسيين اليوم ، يعتبرون أن معيار التمييز بين القوة القاهرة والحادث الفجائي يجب أن يقوم على أساس التمييز بين السبب المعلـــوم "Cause connue" والسبب المجهول "Cause inconnue" (١) .

ويترتب على ذلك أن القوة القاهرة ــ نظرا لأنها السبب المعلوم والمباشر للضرر ــ تؤدي دورها في جميع أنواع المسئولية ، سواء في ذلك المسئولية المدنيـــة أو الادارية ، المسئولية القائمة على أساس الخطأ أو تلك التي تتقرر بدون خطأ، حيث أنها تنفي علاقة السببية "Le lien de causalité" بين الضرر والشخص المفترض مسئوليته (٢) . وعلى العكس من ذلك فـــــان الحادث الفجائي يختلف أثره كأحد أسباب الاعفاء من المسئولية في نطاق كـل من القانون الخاص والقانون الاداري .

ففي نطاق القانون الخاص ، فان السبب الأجنبـــي "La cause etrangère" الذي يضم القوة القاهرة والحادث الفجائي ــ دون

---

(١) - **Lamarque et Moderne**, A.J.D.A., 1972, p. 319, article précité; F.P. Benoit, "Le cas fortuit dans la jurisprudence administrative", J.C.P. 1956, I. 1326; **Y. Brard**, "La responsabilité administrative des personnes privées, Thèse, Caen, 1975, p. 196 et s.; **Odent**, "Contentieux administratif", 1970-1971, Op. Cit., Fasc. 4, p. 1176 et s.; **J. Moreau**, J.C.A., t. 6, Fasc. 700, n°. 107 et s.

(٢) - **F. Llorens**, Thèse précitée, p. 509.

أى تمييز بينهما وفقا لجمهور الفقهاء ـ يؤدى دوره فى الاعفاء من المسئوليـــــة أيا كان الأساس الذى تقوم عليه هذه المسئولية ، حتى ولو كانت قائمة علـــــى أساس الخطأ المفترض .(١)

أما فى نطاق القانون الادارى فان الآثار المترتبة على الحادث الفجائـــى أكثر تحديدا . فهو يعفى المدين من المسئولية القائمة على أساس الخطأ ، ولكـــن الحادث الفجائى لا يترتب عليه هذا الاثر فيما يتعلق بالمسئولية دون خطأ .(٢) وتفسير ذلك أنه بالنظر الى أننا نجهل سبب الضرر فانه لا يمكن أن ننفـــى علاقة السببية الظاهرة بين الفعل المسبب للضرر والضرر الذى تحقـــق .(٣)

---

(١) - **F. Chabas**, "Force Majeure", Op. Cit., n°. 3; **F. Llorens**, Thèse précitée, p. 509: "En droit privé, la cause étrangère, qui englobe le cas fortuit et la force majeure joue un rôle exonératoire quel que soit le régime de la responsabilité en cause..".

وانظر فى الفقه المصرى : الأستاذ الدكتور عبدالرزاق السنهورى ،الوسيط ، المرجع السابق ص ٨٧٥ .

ويراجع نص المادة ١١٤٨ والفقرة الثانية من المادة ١٧٩٢ مـــن القانون المدنى الفرنسى ، ونص المادة ١٦٥ من القانون المدنـــى المصرى .

(٢) - **Y. Brard**, Thèse précitée, p. 198.

(٣) - **R. Chapus**, Thèse précitée, n°. 538, p. 445; **J. Lamarque** et **F. Moderne**, Article précité, p. 318.

ويترتب على ذلك أن الحادث الفجائي يبرهن فقط على انتفاء عنصر الخطأ، ويظل المتعاقد مسئولا في كل مرة لا تتطلب فيها القواعد المطبقة وجود الخطأ.(١) وبصرف النظر عن الآثار التي تترتب على الحادث الفجائي في نطاق كل من القانون الخاص والاداري ، وبصرف النظر أيضا عن المكانة التي تشغلها هذه الفكرة في مجال المنازعات المتعلقة بالعقد الاداري،(٢) فان البعض قد اتخذ موقفا وسطا ازاء الخلاف الفقهي فيما يتعلق بمعيار التمييز بين القوة القاهرة والحادث الفجائي . فمع تسليم هذا الفريق من الفقهاء بأن تعريف العميد هوريو لكل من هاتين الفكرتين(٣) لم يسلم به دائما في الفقه ، ومع التسليم بأن عددا من الفقهاء يرى في الحادث الفجائي سببا مجهولا،الا أنهم يرون أنه سواء في ظل هذا المفهوم أو ذاك ، فان الحادث الفجائي لا يتضمن في جميع الفروض عنصر الحادث الخارجي المماثل لذلك الذي تتميز به حالة القوة القاهرة والتي تؤدي الى اعفاء أطراف العقد من التزاماتهم

---

(١) - F. Llorens, Thèse précitée, p. 509; A. Maral, Thèse précitée, p. 29; Y. Brard, Thèse précitée, p. 185 et 198.

ويشير الأستاذ "Brard" الى حكم قديم لمجلس الدولة الفرنسي صادر بتاريخ ٤ فبراير سنة ١٩٢٠ في قضية "Bory" (المجموعة ص ١١٩) والذي قضى فيه المجلس بأن الحادث الذي اصاب الآلات والذي أدى الى توقف الانتاج وعدم تنفيذ عقد التوريد ليس من شأنه أن يعفي المورد من مسئوليته العقدية.فعلى الرغم من أن الحادث كان غير متوقع ولا يمكن دفعه ، الا أن سبب الضرر كان مجهولا. فهي حالة حادث فجائي ولا يوجد خطأ في جانب المتعاقد،ولكنها لا ترقى الى حالة القوة القاهرة . تراجع رسالته السابق الاشارة اليها، ص ١٨٥.

(٢) يراجع في هذا الصدد :

- Ph. Terneyre, Thèse précitée, p. 365; F. Llorens, Thèse précitée, p. 508.

(٣) يراجع تعليقه المنشور في مجموعة سيرى سنة ١٩١٢، الجزء الثالث ص ١٦١ ، سبقت الاشارة اليه ، وقد جاء به :

العقديـــة .(١)

الشرط الثانى : عدم امكان التوقع: "L'imprévisibilité"

ان حالة القوة القاهرة يجب أن تكون غير متوقعة أو لم يكن فى الوســـع توقعها (٢) . ولقد سبق أن ذكرنا عند بحث شرط عدم التوقع فى نطاق النظريات

= (La cas fortuit, défini comme celui qui "se rattache au fonctionnement même de l'entreprise ou du service", et la force majeure comme un phénomène "extérieur à l'entreprise ou au service"...).

(١) - **A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé,** T.C.A., 2e éd., t. 1, Op. Cit., p. 728.

(٢) يراجع فى هذا الصدد :

- **J.M. Pontier,** "L'imprévisibilité", R.D.P. 1986, Op. Cit., p. 5 et s.; F. Chabas, "Force majeure"., Op. Cit., p. 2 et s.; R. Chapus, Thèse précitée, n°. 439; A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 1, Op. Cit., p. 729 et s.

الثلاث عمل الأمير والظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة(١) ،

أن مفهوم عدم التوقع أو عدم امكان التوقع لا يعنى عدم التوقع المطلق وانما فقط عدم التوقع النسبى(٢) .

وأشرنا الى أن فكرة عدم التوقع فى نطاق تطبيق النظريات الثلاث هى ذاتها المتطلبة فى حالة القوة القاهرة ، ولهذا نحيل فى هذا الشأن الى ماسبق بحثه باستفاضة ، وسنكتفى فى هذا المقام بذكر بعض التطبيقات القضائية لشرط عدم التوقع فى القضاء الفرنسى والمصرى . فالمحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ١٥ فبراير سنة ١٩٦٩(٣) بعد أن اجملت الشروط الواجب توافرها فى القوة القاهرة، ارتأت تخلف شرط عدم التوقع وقضت بأن " الاجراء الذى اتخذته مصلحة الآثار بمنع العمل فى الموقع لمدة تسعة أشهر ... لا يعتبر بمثابة القوة القاهرة

---

(١) يراجع المبحث الرابع من الفصل الأول من القسم الأول من هذا البحث .

(٢) "La force majeure rest une notion relative: elle doit reculer devant les progrès divers qui permettent de mieux résister aux événements susceptibles de constituer des cas de force majeure; elle doit être appréciee en fonction des possibilités de resistance de chacun de ces événements": F.B. Bénoit, J.C.A., ancien, Fasc. 700, n°. 176.

(٣) حكمها الصادر فى القضية رقم ١٣٢٠ ، ١٣٤٠ لسنة ١٢ ق — مجموعة السنة الرابعة عشر ، ص ٣٧٣.

... ولا يترتب عليه اعفاء المدين من التزامه . والذى يبين من الاطـــلاع علي المادة السادسة والعشرين من عقد الأشغال العامة المبرم بين المدعـــى وجهات الادارة المدعي عليها أن العمل كان يجري فى منطقة أثرية وأنه كـــان من الأمور المتوقعة عند ابرام العقد توقف العمل فيه لوجود آثار فى الموقـــع، ويترتب على ذلك أن تدخل مصلحة الآثار وايقاف العمل كان أمرا متوقعـــا" . وانا كنا قد سبق ان ذكرنا أن الأمر الثابت فقها وقضاء في فرنســـا (١) ، أن مفهوم عدم التوقع لا يعنى عدم التوقع المطلق ، حيث لا يوجد حـــادث يعتبر غير متوقع بصفة مطلقة ، ولذا فان عدم التوقع أمرا نسبيا، ولا يقـــدر بذاته وانما بعلاقته بالظروف المعاصرة للعقد . (٢)

الا أن المتتبع لأحكام المحكمة الادارية العليا ومحكمة النقض المصريـة والتى تعرضت لمفهوم عدم التوقع كأحد شروط حالة القوة القاهرة ، يجـــد أن

---

(١) يراجع ماسبق ذكره فى المبحث الرابع من الفصل الأول ــ القســم الأول ــ ويراجع فى مفهوم عدم التوقع النسبى فى الفقه والقضـــاء المدنى الفرنسى :

- F. Chabas, "Force Majeure", Op. Cit., n°. 12 et s.

وتراجع الأحكام العديدة التى أوردها الأستاذ "F. Chabas" والمراجع الفقهيـــة التى ذكرها .

(٢) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 1, Op. Cit., pp. 728-729.

ويراجع حكم مجلس الدولة الفرنســـى الصادر فى ١٩ فبراير سنـــة ١٩٨٢ . فى قضية: "Eschmann et S.A. Geep Industries"

المجموعة ص ٦٧٣ .

(مشار اليه بمطول الأستاذ " دى لوبادير " ص ٧٢٩ هامـــش ٥ مكرر) .

هذه الأحكام تتحدث عن عدم امكان التوقع المطلق وليس النسبي. مثال ذلك حكم المحكمة الادارية العليا الصادر في ١٢ ديسمبر سنة ١٩٥٩ [١]، وحكم محكمة النقض المصرية الصادر في ٦ ديسمبر سنة ١٩٧٧ [٢]، وقد جاء بهذا الحكم أن : " عدم امكان التوقع اللازم لتوفر القوة القاهرة يجب أن يكون مطلقا لا نسبيا اذ المعيار في هذه الحالة موضوعي لا ذاتي". بالطبع فان كون المعيار موضوعيا لا يتعارض مع المفهوم النسبي لشرط عدم التوقع .

كما أن فقهاء القانون العام والخاص الفرنسيين الذين أجمعوا ــ بلا خلاف ــ على رفض فكرة عدم التوقع المطلق ، وأخذوا بفكرة عدم التوقع النسبي، لم يذهب أحدا منهم الى أن معيار عدم التوقع معيار ذاتي وانما هو معيار موضوعي دائما . [٣]

ولذا اعتبر مجلس الدولة الفرنسي ــ تطبيقا للمعيار الموضوعي في شأن عدم التوقع ــ أن حرب الجزائر عام ١٩٥٧ [٤] والحرب الكورية

---

(١) حكمها رقم ٦٨٩ لسنة ٤ ق ، مجموعة أحكام السنة الخامسة ص ١٠٦ .

(٢) الطعن رقم ٤ لسنة ٤٤ ق ــ وبنفس المعنى حكمها في ١٩/١٢/٦٨ م نقض م ــ ١٩ ــ ١٥٥١ .

(٣) - J.M. **Pontier**, "L'imprévisibilité", R.D.P. 1986, Op. Cit., p. 8 et s; Note **Waline**, sous C.E. 13 juillet 1968, Sté des Etablissements Serfati, R.D.P. 1969, p. 12.

(٤) - C.E. 13 juillet 1968, Sté des Etablissements Serfati, précité; concl. **Bertrand**, A.J.D.A. 1968, p. 582.

سنــــة ١٩٥١ [(١)] ، والفيضانات الشتويــــة ـ واضعا فى الاعتبار الظـــــروف المناخيــــة العامة للاقليم [(٢)] ـ كلهـا أمور كان من الممكن توقعهـا وليس مـن شأنها أن تعفـى الأطراف المتعاقدة من تنفيذ التزاماتهم العقدية .

---

(١) - C.E. 24 avril 1959, Secrétaire d'État aux Forces Armées c/Etablissements Forestier, Rec. p. 267: "Considérant qu'à la date à laquelle a été conclu le marché ... les etablissements ... devaient faire entrer dans leurs prévisions les difficultés d'approvisionnement en matières premières qui résultaient, à l'époque, du conflit de Corée en cours depuis juin 1950, difficultés dont l'importance et le caractère exacte pouvaient alors être aisement vérifiés; (le long délai d'exécution) .. ne constituait pas un cas de force majeure qui puisse être invoqué dans les rapportes entre l'entrepreneur et l'État".

(٢) - C.E. 6 novembre 1968, Commun de Licq-Athérey, Rec. p. 547.

الشرط الثالث : عدم امكان الدفع : "L'irresistibilité"

يجب أن تكون القوة القاهرة مستحيلة الدفع ، فاذا أمكن دفع الحـــادث حتى لو استحال توقعه لم يكن قوة قاهرة.(١) ، ويجب ان يكون من شأنهـــا " أن تجعل تنفيذ العقد مستحيلا استحالة مطلقة".(٢)

أما الصعوبات التي يواجهها المتعاقدون أثناء تنفيذ العقد مهما كانـــت جسيمة ومعقدة الى أقصى حد ، فلا يمكن اعتبارها من قبيل القوة القاهرة وليس

---

(١) الاستاذ الدكتور السنهوري ، الوسيط ، المرجع السابـــق ، ص ٨٧٨ ومابعدها .

(٢) انظر على سبيل المثال من أحكام مجلس الدولة الفرنسي :

- C.E. 7 juin 1939, Pichol, Rec. p. 379; 16 juillet 1952, "E.D.F.", Rec. p. 379; 9 novembre 1955, Sté des Transports Routiers Aviat et Cie, Rec. p. 530; 18 juin 1982, Sté Sud-Pacifique Navigation, Rec. Tab. p. 667; Gaz. pal. 1983, I, somm. 52.

ويلاحظ أن الصيغة التي تجرى بها أحكام مجلس الدولة الفرنسي فـي هذا الصدد :

"pour effet de rendre absolument impossible l'exécution du contrat".

ومن أحكام المحكمة الادارية العليا يراجع حكمها الصادر فـــي ١٢ ديسمبر سنة ١٩٥٩ ، سبقت الاشارة اليه ، وقد جاء به : " يجب أن تكون القوة القاهرة أو الحادث الفجائي مستحيل الدفع ، فـــان أمكن دفع الحادث حتى ولو استحال توقعه لم يكن ثمة قوة قاهـــرة أو حادث فجائي . كما يجب أن يكون من شأنه جعل التنفيـــذ مستحيلا استحالة مطلقة لا بالنسبة للمدين وحده بل بالنسبة الى أي شخص يكون في موقف المدين " .

من شأنها أن تؤدى الى اعفائهم من المسئولية اذا ما أخلوا بالتزاماتهم العقديـــة، طالما أن هذه الصعوبات لا تؤدى الى جعل تنفيذ العقد مستحيلا . (١)

هذا الشرط هو الذى يميز بدقة القوة القاهرة عن النظريات الأخـــرى التى تواجه العقبات التى تعترض تنفيذ العقد وتجعله أكثر عبئا وارهاقـــــا للمتعاقد دون أن تجعل هذا التنفيذ مستحيلا .

فكل من نظرية عمل الأمير والظروف الطارئة والصعوبات المادية غيـــر المتوقعة وان التقت مع القوة القاهرة فى شرط عدم التوقع أو عدم امكان التوقـع، الا أنها تختلف جذريا: عن القوة القاهرة فى أنها لا تبرر عدم تنفيذ الالتزامـات العقدية ، فالفرض أن هذا التنفيذ رغم العقبات التى اعترضته الا أنه مـــازال ممكنا . وبالتالى فان هذه النظريات تتيح فقط امام المتعاقد ــ الذىيواصل تنفيذ العقدــ الحق فى التعويض اذا اجتمعت شروط تطبيقها . (٢)

---

(١) - C.E. 9 oct. 1974, Maler, R.D.P. 1975.305; 7 sept. 1985, Cie française d'irrigation, J.C.P. 86, éd. G., 4, 85.

(٢) فيما يتعلق بالتمييز بين كل من نظريتى الظروف الطارئة وعمل الأمير وبين القوة القاهرة، يراجع بصفة خاصة تقرير مفـــوض الدولـــــة "Latournerie" امام مجلس الدولة الفرنسى المقدم فـــى قضية Comp. des scieries africaines الصادر فيهـــا حكم المجلس بتاريخ ٩ مارس سنة ١٩٢٨ ، والمنشور بمجلة القانـــون العام سنة ١٩٢٨ ــ سبقت الاشارة اليه .

ويراجع أيضا حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٢ نوفمبر سنـــة ١٩٨٢ فى قضية "Sté Propétrol" والمنشور فـــى مجموعة J.C.P. سنة ١٩٨٤ ، الجزء الثانى، رقم ٢٠١٦٨ مع تعليق الاستاذ "M. Paillet" ــ سبـــــق ــ

وقد جاء بهذا الحكم الهام :

=

ومن ناحية أخرى فان استلزام توافر خصيصة" عدم امكان الدفع" حتى يمكن أن توجد حالة قوة قاهرة ، يترتب على نشوئها اعفاء المتعاقد من التنفيذ ، أمر يدعو الى التشدد فى تقدير توافر هذه الخصيصة للقوة القاهرة عند التمسك بها.(١)

ولهذا فان مجلس الدولة الفرنسي يأخذ بعين الاعتبار عند تقدير " استحالة الدفع " ما يتمتع به المتعاقد من موارد وامكانات مادية وما بذله من جهد لمحاولة الوفاء بالتزاماته.(٢) وعلى سبيل المثال فان عقبة ما قد تعد قوة قاهرة بالنسبة لشركة محلية ذات رأس مال متواضع، فيحين ان ذات العقبة

= "Si la hausse survenue à dater de mai 1973 sur le marché international du fuel-oil domestique était de nature en l'absence d'une augmentation du tarif officiel servant de bas à la determination du prix contractuel-d'un marché de fournitures de fuel conclu entre une société et un office d'H.L.M.- à rendre plus onéreuse l'exécution de ce marché, une telle circonstance ne constituait pas un cas de force majeure mettant la société dans l'impossibilité d'effectuer les fournitures prévues au contrat".

(١) - **Ph. Terneyre**, Thèse précitée, p. 368; A. Maral, Thèse précitée, p. 26.

(٢) - **B. Sablier**, Thèse précitée, p. 109.

ويراجع فى شأن تقدير " استحالة الدفع " للقوة القاهرة :

S. Rials, Thèse précitée, pp. 140-141.

قد يمكن التغلب عليها ودفعها بالنسبة لمشروع ضخم يتمتع بامكانيات مادية وفنية كبيرة ، مما يعني أن استحالة الدفع هي فكرة ذات مدلول شخصي ونسبي وتقدر تبعا لظروف كل حالة . (١)

ففيما يتعلق بالمتعاقد مع الادارة ، فان القاضي يبدي تشددا واضحا في تقدير الجهود التي بذلها لتنفيذ العقد مهما كلفه الأمر.وهذه هي الفكرة التي أبرزها وأكد عليها مفوض الدولة **"Tardieu"** عام ١٩٠٩ في تقريره المقدم أمام مجلس الدولة الفرنسي في قضية **"Compagnie des Messageries Maritimes"** (السابق الاشارة اليها) .

وفيما يتعلق بالادارة المتعاقدة ، فانه يمكن القول أيضا أنها يجب أن تبذل كل مافي وسعها للوفاء بالتزاماتها العقدية. وفي هذا الصدد قد يحدث أن تبرر الادارة عدم تنفيذ التزاماتها العقدية بعدم كفاية الاعتمادات اللازمة **"L'insuffisance de crédits disponibles"** . (٢)

---

(١) - **A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé,** T.C.A., 2e éd., t. 1, Op. Cit., p. 730.

ويراجع حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٧ يناير سنة ١٩٤٨ في قضية **"Secr. d'État à la Défense c/Sté Lucien Gillet"** (المجموعة،ص ٨)وقد جاء به :

"L'entrepreneur a poussé ses travaux jusqu'à l'extrême limite des ses possibilités financières...; dans ces conditions exceptionnelles, c'est à bon droit que la conseil de préfecture lui a accordé décharge des pénalités pour retard".

(٢) - **Ph. Terneyre,** Thèse précitée, p. 368.

وقضاء مجلس الدولة الفرنسي بخصوص هذه الجزئية وأضح لا يحتمل التأويـــــل ، فالادارة ليس بامكانها أن تحتج بقصور الاعتمادات الحاضرة ، للنكوث بالتزاماتهـــا العقدية • فعدم وجود الاعتمادات ليس بعقبة منيعة لا تقهر للادارة • (١)

ثانيا : أهم التطبيقات القضائية للقوة القاهرة :

١ ـ الاضراب :

يعتبر حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في قضية "Cie des Messageries maritimes" (٢) هو حكم المبدأ المتعلق بالاضراب كأحـــــد التطبيقات القضائية للقوة القاهرة والتي تعرض لها المجلس بكثرة • ويمكـــن استخلاص المبادىء التالية من القضاء الغزير للمجلس في هذا الصدد :

أ ـ على القاضي أن يبحث عما اذا كان الاضراب حقيقة غير متوقـــع وأنه ليس للمتعاقد أي دور في التحريض عليه أو التمهيد لحدوثـه، وأنه قد بذل كل الجهود الممكنة من أجل المصالحة والتوفيق كما يقتضي منه الحال ذلك • (٣)

---

(١) - "L'absence de crédites n'est donc pas insurmontable pour l'administration": C.E. 26 juillet 1947, Bongert, Rec. p. 351; C.E. 15 avril 1959, Ville de Puteaux c/Sieur Schwab, Rec. p. 236; C.E. 8 novembre 1963, Commune de Castelmoron-sur-lot, Rec.p. 544.

(٢) - C.E. 29 janvier 1909, précité.

(٣) - **A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé,** T.C.A., 2e éd., t. 1, Op. Cit., p. 734.

ب ـ وعلى القاضي أن يبحث أيضا عما اذا كان الاضراب يشكل بالنسبة للمتعاقد عقبة في تنفيذ التزاماته لا يمكن التغلب عليها ، وبصفة خاصة هل كان بامكان المتعاقد الحصول على أيدي عاملة أخرى لتحل محل العمال المضربين عن العمل .(١)

وعلى ذلك فالاضراب قد يعتبر فعل من أفعال القوة القاهرة وقد لا يعد كذلك تبعا لظروف كل حالة .(٢) ، ولقد استبعد مجلس الدولة الفرنسي اعتبار الاضراب من قبيل القوة القاهرة ، اما لأن " المورد كان باستطاعته الحصول على المؤن من مناطق أخرى"(٣) . واما لأن " الملتزم لم يبذل كل مافي استطاعته لوضع نهاية للاضراب"(٤) . وفي بعض الحالات لم يعتبر الاضراب من قبيل القوة القاهرة

---

(١) - Observations, Long, Weil, Braibant, G.A.J.A., 7e éd., Op. Cit., p. 83 et s.

(٢) - Concl. Tardieu sous C.E. 29 janv. 1909, précité: "Sur ce point tout le monde est d'accord, la doctrine, la jurisprudence, les parties elles-mêmes sont d'accord pour admettre que c'est une question de fait et que cela dépend des circonstances".

(٣) - c.e. 3 février 1926, Pascal Valluit, Rec. p. 118.

(٤) - C.E. 23 juin 1944, Ville de Toulon, précité, R.D.P. 1945, p. 101, Concl. Odent, note Jèze.

لان " الشركة الملتزمة لم تبذل مساعيها لمحاولة الاصلاح والتوفيق"(١) . وفى أحوال أخرى فان " الاضراب كان متوقعا"(٢) أو أن " العقبة التى تولدت عن الاضراب لم تكن منيعة لا تقهر"(٣) .

ويقع على عاتق المتعاقد أن يثبت أن الاضراب الذى يدعيه كان حقيقة عقبة أمام تنفيذه لالتزاماته العقدية في الميعاد المحدد وأنه لم يكن فى استطاعته التغلب عليها .(٤)

---

(١) - C.E. 5 mars 1943, Tramways de Nimes, Rec. p. 58.

(٢) - C.E. 22 juin 1945, Belvisi, Rec. p. 133.

(٣) - C.E. 14 novembre 1947, Ministre de l'Air, Rec. p. 422.

(٤) - B. Sablier, Thèse précitée, p. 124.

ويلاحظ أن مجلس الدولة الفرنسى قد استبعد تطبيق نظرية القوة القاهرة فى بعض أحكامه مقررا أن الاضراب " لا يعد عقبة تجاوز المخاطر العادية للمشروع " :

"La grève n'a pas constitué un obstacle excédant les risques normaux de l'entreprise".

من ذلك حكمه الصادر فى ١٨ مايو سنة ١٩٢٥ فى قضية "Condemine" المجموعة ص ٤٩٤ ، وحكمه الصادر فى ٤ يناير سنة ١٩٢٨ فى قضية "Duclos" المجموعة ص ١٠ . هذه الصيغة التى استخدمها المجلس ،دعت الأستاذ "Pelloux" فى تعليقه المنشور بمجموعة دالوز سنة ١٩٣٣ (الجزء الثالث ص ١٨) الى استنتاج أن المجلس لا يقصد دائما ان الحدث المكون للقوة القاهرة يجب أن يكون منيعا لا يقهر وانما فقط يجاوز المخاطر العادية . وفى الواقع وكما يرى ـ وبحق ـ الاستاذ " دى لوبادير " فان هذا الاستنتاج غير مقبول ويتجاوز المعنى الذى قصده المجلس.ذلك أن مجلس الدولة الفرنسى لم يتخل اطلاقا عن المبدأ الذى أعلنه فى حكمه الشهير عام ١٩٠٩ والذى استخدم فى صياغته تعبير "Obstacle insurmontable". ومن ناحية اخرى فان مجلس الدولة الفرنسى فى بعض أحكامه قد سلم بوجود القوة القاهرة =

٢ ـ الحـــرب :

تطبيقا لذات المعايير التي يطبقها مجلس الدولة الفرنسي فيما يتعلـــق بالاضراب ، فان الحرب لا تعد في ذاتها حالة من حالات القوة القاهـــرة الا اذا توافرت فيها الشروط الثلاثة الأساسية : عدم امكانية التوقع ، استحالـة الدفع للصعوبات الناتجة عنها، وأن تكون أجنبية عن أطراف العقد، وبديهـي أن هذا الشرط الأخير متحقق بالطبع من الناحية العملية .(١)

وقد عبر عن هذا المعنى مفوض الدولـــة "Corneille" في تقريره أمام مجلس الدولة الفرنسي في قضية "Sté d'électro-metallurgie de Dives"(٢) بقوله : " لا يعتبر كحالة قوة قاهرة قابلـة للاعفاء من الجزاءات العقدية المقررة ، كل الصعوبات الناجمة عن حالـــة الحرب ، فاحتمال قيام الحرب والطريقة التي وقعت بها يمكن أن تدخل فـي توقعات المورد أثناء ابرام العقد" . ومن الناحية العملية ـ ولا خلاف فـي الفقه على ذلك ـ فانه من النادر أن تعتبر الحرب حالة من حالات القـــوة القاهرة(٣) . ففي غالبية الحالات وخاصة بالنسبة للعقود التي أبرمت بعد بدء

= ولكن جزئيا . من ذلك حكمه الصادر في ١٣ يوليو سنـــة ١٩٢٨ في قضية "Sté des forges de la Mediterranée" (المجموعة ص ٩٠٠)حيث قدر المجلس توافر القوة القاهرة ولكـــن المتعاقد مع الادارة لم يبذل كل ماهو ضروري للوصول الـــى مصالحة ، ولهذا فانه سيستفيد فقط من تخفيض الغرامات الموقعـــة عليه .

(١) - **Montmerle**, "Conséquences de la guerre sur les contrats de travaux publics et privés", A.J.T. juillet, 1946, p. 302.

(٢) - Conclu. sous C.E. 10 novembre 1920, Rec. p. 936.

(٣) - **A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé**, T.C.A., 2e éd., t. 1, Op. Cit., p. 735; Montmerle, "Commentaire du C.C.G. des Ponts et Chaussées", Op. Cit., t. 2, p. 13.

العمليات الحربية ، فان المتعاقد كان يجب أن يتوقع الصعوبات الناجمة عن حالة الحرب (١) .

وفي العديد من أحكام مجلس الدولة الفرنسي فان عذر القوة القاهرة قد استبعد للصعوبات المتعلقة بالتمويل والمؤن والأيدي العاملة والنقل البحري والجوي مما تولد عن بدء المعارك الحربية (٢) .ومع ذلك فقد سمح مجلس الدولة الفرنسي باعتبار حالة الحرب في ذاتها أو النتائج المترتبة عليها ، حالة من حالات القوة القاهرة اذا أدت الى اتلاف أو تدمير منشآت المشروع (٣) . وأيضا اعتبر المجلس الاحتلال الألماني احدى حالات القوة القاهرة بالنسبة للملتزم الذي استحال عليه الاستمرار في تنفيذ التزاماته المتولدة عن عقد الالتزام (٤) .

---

(١) - **B. Sablier**, Thèse précitée, p. 122.

(٢) - C.E. 15 juillet 1925, Michel, Rec. p. 682; 20 juin 1947, Sté des Forges, A.J.T. 1947, p. 443; 28 novembre 1947, Sté Rol-Lister, Rec. p. 442.

(٣) (تدمير محطة للطاقة) :
- C.E. 16 juillet 1952, Électricité de France, Rec. p. 379.

(التوقف الكامل لاستغلال المشروع في عقد التزام توريد الطاقة الكهربائية في اقليم **"Tonkin"**):
- C.E. 2 mars 1956, Hoang Vang Ngo, Rec. p. 703.

(٤) (اتلاف معدات العمل أثناء الاحتلال من شأنه استحالة تنفيذ العقد):
- C.E. 5 janvier 1924, Cie du gaz à la Ferté Milon, p. 18.
- C.E. 19 février 1926, Sté du gaz de la Ciotat, Rec. p. 198.

كما أن الصعوبات غير المتوقعة والتي يستحيل دفعها المترتبة على حالة الحرب يمكن أن تعتبر من قبيل القوة القاهرة اذا أدت الى استحالة تنفيذ العقد (١) .

ومثال ذلك الأوامر الصادرة من سلطات الاحتلال والتي تؤدى الى استحالة التنفيذ استحالة مطلقة (٢) .

٣ ـ الظواهر الطبيعية :

تشكل الظواهر الطبيعية احدى حالات القوة القاهرة اذا كانت غير متوقعة ولا يمكن التغلب على الصعوبات المترتبة عليها، وهى بالطبع أجنبية عن المتعاقدين ولذلك فهى النموذج الأمثل للحادث الخارجي . وعلى سبيل المثال فلقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسى أن الامطار العنيفة ولمدة استثنائية غير عادية تجاوز كل ماكان متوقعا، من قبيل القوة القاهرة (٣) ، اما الامطار العادية فلا

---

(١) - C.E. 30 juin 1932, Cne de Ganges, Rec. p. 647.

(٢) - C.E. 29 janvier 1958, Bonabeau, Rec. p. 50.

(٣) - C.E. 19 février 1975, Min d'État chargé de la defense nationale c. Sté Entr. Campenon-Bernard, Rec. p. 143, R.D.P. 1975, p. 1733.

(أمطار غير عادية تجاوزت مدتها أكثر من ستة أشهر فى موقع العمل) .

تعتبر كذلك (١). ونفس المعيار طبقه المجلس فيما يتعلق بالعواصف والاعاصير (٢) والرياح العاصفة والفيضانات (٣) والجفاف غير العادى (٤) والصقيع (٥) .... الى آخر هذه الظواهر التى يجمعها أنها يجب أن تكون ذات طبيعة استثنائية فى مدتها وحدتها حتى يمكن اعتبارها من قبيل القوة القاهرة. ولهذا فان طلب المتعاقد التمسك بها يرفض فى كل مرة تكون فيها هذه الظواهر من قبيل المخاطر العادية بالنظر الى الأحوال المناخية العامة فى الاقليم (٦).

---

(١) - C.E. 6 février 1981, Ville de Montpellier, Rec. p. 80.

(٢) - C.E. 28 oct. 1970, Auffret, Rec. p. 621; 28 février 1973, Commune de Lagos, Rec. p. 180; 9 avril 1975, Département du Rhône, Rec. p. 227.

(٣) - C.E. 6 nov. 1968, Commune de Licq-Atherey, Rec. p. 546;

(فيضانات لم تتجاوز فى حدتها التوقعات العادية بالنظر الى الشروط المناخية للاقليم).

C.E. 13 déc. 1961, Min. des travaux publics, Rec. p. 105.

(٤) - C.E. 19 juin 1935, Lefebure, Rec. p. 693: "sécheresse extraordinaire".

(٥) - C.E. 31 mai 1922, Dame Mouchette, Rec. p. 486.

(٦) - B. Sablier, Thèse précitée, p. 120.

٤ ـ فعل الغير ومعاونوا المتعاقد والمتعاقدون من الباطن :

فيما يتعلق بفعل الغير "Faits de tiers" ، فانه تطبيقا للمعايير العامة التي يلتزمها مجلس الدولة الفرنسي ، فان هذه الأعمال قد تعتبر من قبيل القوة القاهرة أو لا تعد كذلك بحسب توافر الشروط التي يتطلبها القضاء (١). فأعمال التخريب واعاقة العمل اعتبرها مجلس الدولة الفرنسي من قبيل القوة القاهرة (٢).

وفيما يتعلق بمعاوني المتعاقد ، فانه بصفة عامة لا يسمح القضاء الا للمتعاقد الأصلي بالتذرع بالقوة القاهرة للتأخير أو العجز عن تنفيذ ما التزم بتوريده على سبيل المثال (٣).

كما أن المبدأ هو المسئولية الشخصية للمتعاقد الأصلي في مواجهة الادارة وذلك في حالة التعاقد من الباطن (٤). ومع ذلك فان تأخير المتعاقد من

---

(١) الدكتور هارون الجمل ، النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة ، رسالة مقدمة لحقوق عين شمس ، ١٩٧٩ ، ص ٤٦٥ ـ الدكتور محمد سعيد أمين ، المرجع السابق ص ٢٧٦ ومابعدها .

(٢) - C.E. 5 décembre 1952, Min de la Reconstr., Red. p. 560.

(٣) - C.E. 17 février 1954, Min des T.P., R.D.P. 1954, p. 835.

(٤) يراجع في هذا الشأن :

- J. Dufau, "Marche de travaux publics", J.C.A., 1987, Fasc. 521, Op. Cit., n⁰. 52 et s.

الباطن الذي وافقت عليه الادارة يمكن أن يكون مبررا لعدم التنفيذ فى الميعاد المحدد • (١)

ومن التطبيقات القضائية لما يعتبر بمثابة القوة القاهرة أو لا يعد كذلك فى قضاء مجلس الدولة المصرى :ـ

١ ـ اصرار الحكومتين الفرنسية والايطالية على منع تصدير الاسلحة المتعاقد عليها ، يعتبر من قبيل القوة القاهرة التى تعفى المورد من تنفيذ التزاماته العقدية ، خاصة وأن المتعاقد لم يترك وسيلة ممكنة لتنفيذ التزامه الا ولجأ اليها دون جدوى • (٢)

٢ ـ ايقاف العمل من جراء تدخل مصلحة الآثار وفقا لسلطتها فى تنفيذ القوانين المتعلقة بالآثار، لا يعد قوة قاهرة لتخلف شرط عدم التوقع • (٣)

٣ ـ انصراف العملاء في الخارج عن الشراء من الشركة نتيجة لمنافسة الشركات فى الخارج لها لا يعد قوة قاهرة، فهو أمر متوقع كان بوسع الشركة أن تحتاط له وأن تتفاداه • (٤)

---

(١) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 1, Op. Cit., p. 733.

وانظر تطبيقا لذلك :

- C.E. 22 juillet 1936, Sté des etabl. Delaunay-Belleville, Rec. p. 837: "... Si la société a cru devoir s'adresser à des sous-traitants, la circonstance que ces sous-traités ont été agréés par l'administration a pu justifier son exonération des pénalités que les retards dûs à ses sous-traitants avaient entraînés à son encontre...".

(٢) حكم المحكمة الادارية العليا فى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٥٩، سبقت الاشارة اليه •

(٣) حكم المحكمة الادارية العليا فى ١٥ فبراير سنة ١٩٦٩، سبقت الاشارة اليه •

(٤) فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع رقم ٥١٦ فى =

٤ ـ الأصل فى تنفيذ الالتزامات الناشئة عن التعهد بالتدريس كغيره من العقود ، أن يتم التنفيذ عينا بأوصافه الواردة فى التعهد وبالشروط والأوضاع التى تقرها الجهة الادارية والتي وافق عليها كل من الملتزم وضامنه . ولا يعفى من هذا الالتزام الا اذا توافرت حالة من حالات القوة القاهرة (١) .

وتطبيقا لذلك يعتبر المرض العقلى قوة قاهرة تحول دون قيام المدرس بتنفيذ التزامه التعاقدى بالتدريس (٢) .

فى حين أن التطوع فى الجيش (٣) والفصل بسبب رسوب الطالب أو عدم الانتظام بالدراسة لا يعد من قبيل القوة القاهرة التى يترتب عليها الاعفاء من تنفيذ الالتزامات العقدية (٤) .

= ١٦ أغسطس سنة ١٩٦٢ ، مجموعة العقود فى خمسة عشر عاما ، المبدأ ١١٢ ، ص ١٩٨ .

(١) حكم المحكمة الادارية العليا فى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٨٥ فى الطعن رقم ٦٥٣ لسنة ٢٧ ق " غير منشور " .

(٢) حكم محكمة القضاء الادارى فى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٦٥ ، مجموعة أحكام محكمة القضاء الادارى فى خمس سنوات ١٩٦١ ـ ١٩٦٦ ، ص ٦٤٨ .

(٣) حكم المحكمة الادارية العليا فى ٣ فبراير سنة ١٩٦٨ ، س ١٣ ق ص ٤٦٠ .

(٤) حكم المحكمة الادارية العليا فى ٢ مارس سنة ١٩٦٨ ـ سبقت الاشارة اليه .

ثالثا : النتائج القانونية للقوة القاهرة :

١ ـ اذا اجتمعت شروط القوة القاهرة للفعل أو الحادث الذى اعترض تنفيذ العقد ، فان ذلك يعد مبررا لاعفاء المتعاقد من تنفيذ التزاماته العقدية (١) وتبعا لذلك فان القوة القاهرة تعد سببا لاعفاء المتعاقد من المسئولية ، فلا يتعرض للجزاءات المقررة لعدم التنفيذ أو التأخير فيه ، فالفرض أن ذلك يرجع الى سبب أجنبى عن المتعاقد لا يد له فيه (٢) . وبالطبع فان هذا الاعفاء ،

---

(١) يلاحظ أن المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٥٩ السابق الاشارة اليه ، بعد أن استعرضت أحكام المسئولية العقدية والشروط الواجب توافرها فى القوة القاهرة والأثر المترتب عليها ، أشارت الى أن "كل ماتقدم من قواعد قد قننه المشرع المصرى فى القانون المدنى ، ولئن كان مجال تطبيق هذه القواعد فى مجال روابط القانون الخاص الا أن القضاء الادارى قد اطرد على الأخذ بها باعتبارها من الأصول العامة التى يجب النزول عليها فى تحديد الروابط الادارية فى مجال القانون العام مادامت تتسق مع تسيير المرافق العامة وتكفل التوفيق بين ذلك وبين المصالح الفردية الخاصة" . ونشير فى هذا المقام الى المواد ١٦٥ ، ٢١٥ ، ٣٧٣ من القانون المدنى المصرى والمادة ١١٤٨ من القانون المدنى الفرنسى .

(٢) - C.E. 5 décembre 1952, Min. de la Reconstruction, Rec. p. 560.

وانظر ايضا :

- C.E. 29 janvier 1958, Bonabeau, Rec. p. 50: "Considérant que le préjudice allégué ... est imputable ... à une circonstance de force majeure. Que, dans ces conditions, le Sieur Bonabeau n'est pas fondé à soutenir que la responsabilité contractuelle de la Ville de Paris serait engagée envers lui".

يقتصر فقط على الالتزام الذى أصبح تنفيذه مستحيلا بسبب القوة القاهرة، ويقتصر أيضا على الوقت الذى وجدت فيه هذه الحالة • بمعنى أنه فى بعض الحالات التى يتبين فيها أن للقوة القاهرة خصيصة مؤقتة ، فانه لا يترتب عليها سوى وقف تنفيذ الالتزام حتى يزول الحادث • (١) فيعود الالتزام الموقوف واجب التنفيذ وعلى المتعاقدين المبادرة الى استئناف تنفيذ العقد بمجرد انتهاء هذه الحالة (٢) •

ومن ناحية أخرى فان مجلس الدولة الفرنسى فى بعض الحالات رغم اقراره بوجود حالة القوة القاهرة الا أنه لا يرتب عليها الاعفاء من المسئولية بصفة مطلقة وانما فقط يكون من شأنها تخفيض الجزاءات المقررة ، أى أن الاثر المترتب على القوة القاهرة يكون جزئيا (٣) • ومعظم التطبيقات القضائية لهذه الحالة نجدها فى مجال الاضراب ، حيث نجد أن مجلس الدولة الفرنسى رغم تسليمه بأن" الاضراب فى الحالة المعروضة يعتبر من قبيل القوة القاهرة الا أن الشركة تتحمل المسئولية جزئيا لانها رفضت السعى نحو اجراء التصالح" (٤) •

---

(١) - Conclusions **Mayras** sous C.E. 18 déc. 1959, Ville de Nantes, Rec. p. 696.

(٢) - الأستاذ الدكتور عبدالرزاق السنهورى ، الوسيط ، المرجع السابق ، ص ٨٨٠ .
- مطول الاستاذ " دى لوبادير " فى العقود ، الطبعة الثانية ، الجزء الاول ، المرجع السابق ، ص ٧٣٩ ويراجع حكم المحكمة الادارية العليا رقم ٦٨٩ الصادر فى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٥٩ – سبقت الاشارة اليه •

(٣) - **A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé,** T.C.A., 2e éd., t. 1, Op. Cit., p. 740.

(٤) - C.E. 13 juillet 1928, Sté des forges de la Mediterranée, précité; 14 février 1930, Sté Schneider, Rec. p. 188.

٢ـ الا أن الأمر المميز والاصالة الجوهرية لنظرية القوة القاهرة في القانون الاداري في مجال العقود ، أن بعض الشروط العقدية تحتفظ للمتعاقد بالحق في التعويض في حالة القوة القاهرة (١) . وهذا التعويض اما أن ينص عليه في العقد أو نجد صدى له في كراسات الشروط (٢) .

---

(١) - **Ph. Terneyre**, Thèse précitée, p. 370; **B. Sablier**, Thèse précitée, p. 136 et s. **A. Maral**, Thèse précitée, p. 28; **A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé**, T.C.A., 2e éd., t. 1, Op. Cit., p. 740 et s.

(٢) مثال ذلك ماتقرره الفقرة الثالثة من المادة الثامنة عشر من كراسة الشروط الادارية العامة المطبقة على عقود الأشغال العامة في فرنسا **(C.C.A.G)** ، من امكانية تعويض المقاول عن الضرر الذى أصابه من جراء القوة القاهرة :

"Qu'en cas de pertes, avaries ou dommages, provoqués sur ses chantiers par un phénomène naturel qui n'etait pas normalement prévisible, ou en cas de force majeure, l'entrepreneur peut être indemnisé pour le préjudice subi..".

ويراجع أيضا الفقرة الرابعة والثامنة من المادة ٣٩ من كراسة الشروط المشار اليها .

ويراجع من أحكام مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد :

- C.E. 27 juillet 1932, Léonard, Rec. p. 799; 27 octobre 1937, Min. Fin. c. Chovin, Rec. p. 867.

ويشير الأستاذ " دي لوبادير " أن القضاء قد أكد صراحة امكانيـــة منح التعويض لمواجهـــة النتائج الضارة للقوة القاهرة حتى خارج نطـــاق الاشتراطات العقدية (١) .

وتطبيقا لذلك فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في قضية (٢) "Sté Entreprise Coopérative Française" أن التأخير في التنفيذ المعزو الى القوة القاهرة ، حتى خارج الاشتراطـــات العقدية ، من شأنه أن يبرر منح تعويض للمقاول .

ويؤكد الأستاذ "Terneyre" ـ وبحق ـ أنه لكي تطبق النصوص الواردة بكراسات الشروط والمتعلقة بالتعويض في حالة القوة القاهرة يجـب أن ينص عليها صراحة في العقد باتفاق إرادتي أطراف الرابطة العقدية . ولهـــذا فانه في حالة العقد غير المكتوب ـ وان كان غير مألوف في المجال الاداري ـ وفي حالة عدم وجود أي إحالة لهذه النصوص الواردة بكراسات الشروط ، فـــان المتعاقد لا يمكنه الاستناد الى هذه الشروط المتعلقة بالتعويض ، وبالتالـــي لا يترتب على القوة القاهرة أي التزام بالتعويض من جانب الطرف الآخر فـــي العقد (٣) .

---

(١) مطوله في العقود ، الطبعة الثانية ، الجزء الأول ،المرجـــع السابق ، ص ٧٤٠ .

(٢) - C.E. 10 décembre 1938, Rec. p. 930.

(٣) - Ph. Terneyre, Thèse précitée, pp. 370-371.

ويشير الأستاذ "Terneyre" لحكم مجلس الدولة الفرنســـي الصادر في ١٦ يناير سنة ١٩٥٠ في قضية "Ministre des Travaux Publics c/Bono" (المجموعة ص ١٠٣٥) .

واذا كانت هناك امكانية لتعويض المتعاقد الذى يرتبط مع الدولة بعقد اداري في حالة القوة القاهرة ، فانه في عقود القانون الخاص فان الالتزام بالتنفيذ ينقضي اذا كانت الاستحالة ترجع الى سبب أجنبى طبقا للمادة ٣٧٣ من القانون المدنى المصرى وينفسخ العقد من تلقاء نفسه طبقا للمادة ١٥٩، وتكون التبعة فى انقضاء الالتزام الذى استحال تنفيذه واقعة على المدين بهذا الالتزام . ويترتب على ذلك أن المدين لا يستطيع أن يطالب الدائن بتنفيذ الالتزام المقابل ، "فالخسارة فى نهاية الأمر تقع عليه وهو الذى يتحملها .وهذا هو مبدأ تحمل التبعة فى العقد الملزم للجانبين "(١).

الا أنه يلاحظ أن تعويض المتعاقد طبقا لما تقرره كراسة الشروط الادارية العامة المطبقة على عقود الأشغال العامة فى فرنسا ، مرهون باتباع بعض الاجراءات الشكلية التى يجب على المتعاقد أن يراعيها بدقة (٢).

---

(١) الأستاذ الدكتور السنهورى ، الوسيط ، المرجع السابق ، ص ٧٢٥. ويلاحظ أنه ليس هناك ما يمنع من أن يتفق الطرفان على تعديل الأثر المترتب على القوة القاهرة "ويترتب على ذلك أنه يجوز لهما أن يتفقا على أن القوة القاهرة أو الحادث الفجائى لا يخلى المدين من التزامه ، أو أن يتفقا على عدم اخلاء المدين من التزامه عند وقوع حادث معين كالاضراب أو الحرب" (راجع ص ٨٨١ من مؤلف الأستاذ الدكتور السنهورى المشار اليه) .

ويراجع فى الفقه الفرنسى فى هذا الصدد :
- **A. Weill, F. Terré,** Droit civil, les obligations, 4e éd., Op. Cit., p. 434 et s.

(٢) - **F. Llorens,** Thèse précitée, p. 508; **Ph. Terneyre,** Thèse précitée, p. 371.

وبصفة عامة فان كراسات الشروط تتطلب بعض الشروط في الطلب الذى يتقدم به المتعاقد ، ويتشدد القضاء فى تطبيق هذه القواعد الى حد أن الطلب الـــذى يتقدم به المتعاقد قد يرفض بسبب عدم تقديمه خلال المدة المحددة وبالشكـــل القانونى المقرر• (١) فاذا ما توافرت الاجراءات الشكلية المتطلبة فان المتعاقد قد يعوض عن الاضرار التى اصابته من جراء القوة القاهرة • وهذا التعويـــض يغطى كافة أنواع الضرر التى أصابت المتعاقد ولا يقتصر على الضرر المـــادى فقط • (٢) واذا كان من المتعذر حصر العناصر المتنوعة التى يشملهــــا التعويض والتى تختلف بحسب ظروف كل حالة ، الا أنه من خلال التطبيقات القضائية لمجلس الدولة الفرنسى فى هذا الصدد ، يمكن القول بأن المتعاقـد قد يعوض عن هلاك أو فقد الأجهزة والمعدات (٣) ، ونفقات تجديد أو اصلاح

---

(١) - **A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé,** T.C.A., 2e éd., t. 1, Op. Cit., p. 738 et s.; **B. Sablier,** Thèse précitée, p. 132 et s.

ويراجع من أحكام مجلس الدولة الفرنسى

- C.E. 3 novembre 1950, Min. de la Guerre c/ Balmain, Rec. p. 530; 12 juillet 1969, Sté Schwenck Fréres, Rec. p. 405: (faut d'avoir réclamé dans les délais prévus, le cocontractant ne peut se prévaloir de la force majeure).

ويراجع ماقررته الفقره الثالثة من المادة الثامنة عشر من كراسة الشـــروط الادارية العامة فى فرنسا-السابق الاشارة اليها-من أنه يجب علـــى المقاول الابلاغ الفورى كتابة عن الافعال التى يدعى انها من قبيـــل القوة القاهرة •

(٢) - **B. Sablier,** Thèse précitée, p. 136; A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 1, Op. Cit., p. 740.

(٣) - C.E. 20 mars 1912, Normandin, Rec. p. 398; 27 juillet 1932, Leonard, Rec. p. 799.

موقع العمل [١] ، والاضرار التي أصابت المباني والانشاءات [٢] .

وقد يشمل التعويض كذلك النفقات التي تكلفها المتعاقد والتي أصبحت بلا جدوى [٣] . وان كان التعويض لا يشمل مافات المتعاقد من كسب خاصة في حالة الاتفاق على فسخ العقد [٤] . ولا يشمل التعويض كذلك الأضرار التي أصابت الانشاءات والتجهيزات غير المرتبطة بتنفيذ العقد والتي لا تمثل ضرورة لهذا التنفيذ ، وأيضا لا يشمل التعويض الارتفاع المتلاحق في الأسعار بعد وقوع الحادث الذي اعتبر من قبيل القوة القاهرة [٥] .

٣ ـ اذا أدت القوة القاهرة الى جعل تنفيذ العقد مستحيلا استحالة مطلقة ، فان هذا يعد عذرا مشروعا لفسخ العقد [٦] . وهو ماقضى به مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في قضية "Elect. de France" [٧] . وقد سبق أن ذكرنا أنه اذا كان من شأن القوة القاهرة أن تؤدي الى انقضاء الالتزام بسبب استحالة تنفيذه وما يترتب على ذلك من انقضاء الالتزامات المقابلة له وانفساخ العقد بقوة القانون من تلقاء نفسه ، [٨] خاصة في حالة هلاك

---

(١) - C.E. 3 déc. 1930, Broissier, Rec. p. 1011.

(٢) - C.E. 18 fév. 1931, Sté des ciments de la porte de France, Rec. p. 192.

(٣) - C.E. 10 déc. 1938, ville de Paris, Rec. p. 931.

(٤) - C.E. 12 juin 1931, Pellerin et Ballot, Rec. p. 636.

(٥) - C.E. 18 février 1931, Sté des ciments de la porte de France, précitée.

(٦) - B. Sablier, Thèse précitée, p. 139; Yves Brard, Thèse précitée, p. 202.

(٧) - C.E. 16 juillet 1952, précité.

(٨) يراجع نصوص المواد ١٥٩ ، ٢١٥ ، ٢٧٣ من القانون المدني المصري .

موضوع العقد ، الا أنه يجب على المتعاقد أن يلجأ للقضاء للحصول على حكم بانفساخ العقد للقوة القاهرة • ويكون ذلك بصفة خاصة في الحالات التي لا يكون فيها أثر القوة القاهرة بمثل هذا الوضوح الذي في حالة هلاك موضوع العقد • هذا الرأي الذي نادى به الأستاذ " دي لوبادير " وأيده الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي نزولا على الاعتبارات الخاصة بالعقود الادارية ، وحتى لا يترك للأفراد حرية تقدير ما يعتبر من قبيل القوة القاهرة (١) ، ليس فقط في صالح المرفق محل التعاقد وانما في صالح الأفراد المتعاقدين مع الادارة أيضا • فما يكون من قبيل القوة القاهرة في نظر المتعاقد قد لا يكون كذلك في نظر القاضي ، الذي يترك له تقدير توافر شروط حالة القوة القاهرة وفقا لظروف كل حالة على حدة •ومن ثم فان المتعاقد – في غير حالة هلاك موضوع العقد – قد يتعرض للجزاءات العقدية اذا كانت الأفعال التي يدعي أنها سبب توقفه عن تنفيذ التزاماته،ليست من قبيل القوة القاهرة وفقا لتقدير القاضي وظروف الحال • (٢)

---

(١) يراجع ماسبق ذكره ص٤٣٠ من هذا البحث •

(٢) - C.E. 27 sept. 1985, Cie Française d'irrigation, J.C.P. 86, éd. G., 4, 85.

وفي هذا الحكم قضى المجلس بأن الأفعال التي استند اليها الملتزم للتوقف عن تنفيذ عقد الالتزام،ليست لها خصائص القوة القاهرة مما يبرر تقرير مسئوليته وتعرضه لجزاء إسقاط الالتزام •

ويراجع أيضا :

- C.E. 10 oct. 1984 S.A. André, R.D.P. 1985, p. 235.

وقد جاء بهذا الحكم:

"La survenance d'une période de congé légal, et l'attente de la pose d'une ligne à haute tension par E.D.f. n'ont pas le caractère d'un fait imprévisible ou d'une circonstance de force majeure permettant d'excuser un retard...".

وانظر في نفس المعنى :

- C.E. 18 janv. 1984. Sté provençale d'équipement, R.D.P. 1985, p. 225; 30 mars 1984, O.P.H.L.M. Paris C. Mikol, R.D.P. 1985, p. 225.

المطلب الثانـــي
فكرة القوة القاهـــرة الاداريـــــة

اذا كانت العودة للتوازن المالي للعقد يشكل الطريق الأول الذى يضع نهاية لحالة الظرف الطارىء ، فان الطريق الثانى يتحقق عندما يتبين علـــى العكس من ذلك أن قلب اقتصاديات العقد أصبح نهائيا ، بحيث يمكن القـــول أنه ليس بامكان المتعاقد أن يستمر في تنفيذ التزاماته العقدية الا بمعاونة دائمة من جهة الادارة . (١)

ونظرا لأن نظرية الظروف الطارئة انما خلقها مجلس الدولة الفرنســـى لمواجهة موقف مؤقت ، فانها يجب ألا تجد مجالا للتطبيق كلما تبين أن العقد لن يرجع اليه توازنه الأول . فمن غير المستساغ أن تجبر الادارة على دفـــع تعويضات عن الظروف الطارئة ، مشاركة منها للمتعاقد حتى لا يضطر الـــى التوقف عن تنفيذ التزاماته وذلك الى مالانهاية . (٢)

فالفـرض هو استحالة عودة التوازن المالي للعقد ، والمبدأ فى التعويض عن الظروف الطارئة هو التعويض الجزئي والمؤقت . ولهذا فان دفع تعويـــض عن الظروف الطارئة يجب أن يترك مكانه لحل آخر يواجه هذا الموقـــف الجديد ، الذى لا تجدى معه نظرية الظروف الطارئة ولا يعتبر حتى مـــن حالات القوة القاهرة بالمعنى المفهوم لهذه الفكرة . (٣)

---

(١) الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى ،العقود ،المرجع السابق ص ٦٤٠ .

(٢) J.F. Lachaume, G.D.J.A., 3e éd., Op. Cit., p. 283.

(٣) A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 1, Op. Cit., p. 731.

هذا الحل برز لأول مرة فى حكم مجلس الدولة الفرنسى فى قضية "Cie des tramways de Cherbourg" (١)

وتتلخص ظروف هذه القضية في أن ملتزم نقل الركاب بالترام قد واجهه اختلالا جسيما في المشروع محل عقد الالتزام ابتداء من عام ١٩١٦ ، وذلك نتيجة انتشار وسائل النقل السريعة الأكثر تقدما ، ومنافستها القوية للمشروع، حيث انصرف سكان مدينة شربورج عن استعمال الترام مفضلين استخدام هذه الوسائل الأخرى. وقد تبين أنه لا رجاء في أن يعود للمشروع توازنه الاقتصادى الذى اختل على الرغم من رفع أسعار الركوب وعلى الرغم من أنه مابين عام ١٩١٦ وعام ١٩٢٢ ، فقد عقدت ثمانى ملاحق للعقد الأصلى للترخيص للشركة الملتزمة برفع الأسعار . بل ان المدينة فى اخر هذه الملاحق قد رخصت للشركة بتحديد السعر الذى تراه لمواجهة الخسائر التى منيت بها ، الا أنه على الرغم من ذلك فان دخل المشروع ظل أبعد مايكون من أن يغطى تكاليف الاستغلال ، بدون اعانة دائمة من الادارة .(٢)

فلما عرض الأمر على مجلس الدولة الفرنسى ، أقر المبادىء التالية ، استكمالا لأحكام نظرية الظروف الطارئة التى خلقها،وذلك تمشيا مع سياسة المجلس العملية والمرنة لمواجهة مايجد من مشاكل ومحاولة وضع الحلول الملائمة لها :

---

(١) - C.E. 9 décembre 1932, S. 1933. 3. 9, Concl. Josse, note **Laroque**; D. 1933.3.17, note **Pelloux**; R.D.P. 1933, 117, Concl. **Josse**, note **Jèze**; G.A.J.A., 7e éd., p. 211, obs. **Long, Weil et Braibant**; Les grands textes administratifs, Sirey, 1970, p. 334 et s.

(٢) يراجع لمزيد من التفاصيل :

- **M. Long, P. Weil, G. Braibant**, G.A.J.A., 7e éd., Op. Cit., p. 211 et s.

١ ـ عندما يبدو أن قلب اقتصاديات العقد قد أصبح نهائيا بلا رجعة، فان لكل من طرفي العقد أن يطلب من القاضي تسجيل هذا الموقف ، ويترتب على ذلك وضع حد لتطبيق نظرية الظروف الطارئة وتحرر الادارة من التزامها بدفع التعويض . ذلك أن " نظرية الظروف الطارئة تقوم على أساس فكرة قلب اقتصاديات العقد ذات الطبيعة المؤقتة .. فاذا ما اختل توازن عقد الالتزام نهائيا ، فانه يجب البحث عن حل آخر " (١).

---

(١) - Concl. **Josse** sous C.E. 9 décembre 1932, précité: "Toute la théorie de l'imprévision est basée sur cette idée que la période extracontractuelle est temporaire .. Si l'équilibre de la concession est définitivement compromis, il faut donc trouver autre chose".

وقد جاء بالحكم المشار اليه ، قول المجلس :

"Dans le cas où les conditions économiques nouvelles ont crée une situation définitive qui ne permet plus au concessionnaire d'équilibrer ses dépenses avec les ressources dont il dispose, le concédant ne saurait être tenu d'assurer aux frais des contribuables, et contrairement aux prévisions essentielles du contrat, le fonctionnement d'un service qui a cessé d'être viable".

٢ ـ ولعلاج هذا الموقف الذى يتمثل فى قلب اقتصاديات العقد نهائيا دون أن يؤدى ذلك الى استحالة مطلقة للتنفيذ ، فعلى أطراف العقـــد أن يبحثوا عن اتفاق جديد كاعادة النظر فى شروط العقد لتخطى الأزمة التـــى اعترضت طريق الاستمرار في تنفيذه • وبصفة خاصة في عقد التزام المرفق العام ، بمحاولة اعادة تنظيم أركان المرفق بصورة تتفق والاحتياجات الجديدة للمنتفعين فى ظل الاستعانة بوسائل أكثر تقدما بدلا من تلك التى عزف عنها الأفـــراد وتسببت في خلق هذا الوضع الجديد • وعلى قاضي العقد أن يحاول حـــث الأطراف على الوصول الى هذا الاتفاق الذى قد يعيد للمرفق توازنه الاقتصادى، كما هو الحال عند تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، فعلى القاضي أن يدعـوا الأطراف أولا الى اعادة النظر في شروط العقد بما يجعله قابلا للحيـــاة • ولكى يمكنه ذلك ، ففي وسعه أن يلجأ الى وسيلة فعالة حاسمة في الضغـــط على الأطراف ، وهي التهديد بالتعويض لمصلحة أحد الطرفين ،اذا تكشـــف موقف الطرف الآخر عن تعنت ترتب عليه الاخفاق في الوصول الى اتفـــاق جديد •

٣ ـ وفى هذه الحالة أى فى حالة الاخفاق عن الوصول الى اتفـاق بين الأطراف ـ بناء على توجه جديد لطريقة استغلال المشروع وتنظيـــم أركانه ـ فان القاضي لا يجد أمامه من سبيل سوى النطق بفسخ العقـــد، اما بناء على طلب الادارة أو بناء على رغبة المتعاقد معها (١) • وقـــد أشرنا الى أن الفسخ قد يقترن بالحكم بالتعويض ان كان له مقتضى •

وفي الواقع فان الأساس الذى يقوم عليه هذا الفسخ القضائي ـ بحسب قضاء مجلس الدولة الفرنسى وتقرير المفوض "Josse" أمامه فى تلك القضية ـ انما يكمن فى أن الاختلال الدائم في اقتصاديات العقد ، يشـــل

---

(١) - A. Hachich, Thèse précitée, p. 287.

حالة قوة قاهرة يستحيل معها الاستمرار في تنفيذ الالتزامات المتولدة عن العقد (١) . وذلك هو التطور الجديد الذي أضافه المجلس للنظرية.وبحسب ماجاء بحكم " شركة ترام شربورج " فان " الموقف الجديد قد خلق حالة قوة قاهرة . ويجيز ترتيبا على ذلك للملتزم ومانح الالتزام نظرا لاخفاقهم في الوصول الى اتفاق ودى .. المطالبة بفسخ العقد أمام القاضي مع التعويض ان كان له مقتضى مع الوضع في الاعتبار شروط العقد وكل ظروف الموضوع ذات العلاقة بالدعوى ... " .

---

(١) - Concl. **Josse**: "... on est en présence de la force majeure qui permet de resilier le contrat" ; **Arrêt des Tramways de Cherbourg**: "... Dans cette hypothèse, la situation nouvelle ainsi créée constitue un cas de force majeure et autorise à ce titre aussi bien le concessionnaire que le concédant, à défaut d'un accord amiable sur une orientation nouvelle à donner à l'exploitation, à demander au juge la résiliation de la concession, avec indemnité, s'il y a lieu, et en tenant comptetant des stipulations du contrat que de toutes les circonstances de l'affaire ".

وعلى ذلك فانه اذا كانت فكرة القوة القاهرة في العقود الادارية حتى عام ١٩٣٢ ، مناظرة لذات الفكرة في القانون الخاص من حيث العناصر المكونة لحالة القوة القاهرة ، فان مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الشهير في قضية " شركة ترام شربورج " قد أضاف لهذه الفكرة تطبيقا جديدا ليست من بين عناصره الشرط الخاص باستحالة الدفع. "L'irresistibilité"

- وهذا التوسع الذي أقدم عليه مجلس الدولة الفرنسي للمفهوم التقليدي للقوة القاهرة،هو الذي دعا البعض الى نعت هذا المفهوم الجديد بالقوة القاهرة الادارية "La force majeure administrative" (١) تمييزا لها عن المفهوم التقليدي للقوة القاهرة . وهذه الفكرة الجديدة للقوة القاهرة توجد عندما نكون ازاء حادث خارجي غير متوقع ويؤدي الى قلب اقتصاديات العقد نهائيا ، ولكن دون أن يؤدي الى استحالة مطلقة في تنفيذ العقد . الا أنه على الرغم من ذلك لا يعفي المتعاقد من تنفيذ التزاماته وانما فقط يسمح له ـ أو للادارة ـ بأن يطلب من القاضي فسخ العقد. فهي تعتبر مبررا للفسخ القضائي ولكن ليست عذرا للاعفاء من التنفيذ كحالة القوة القاهرة التقليدية . (٢)

---

(١) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 1, Op. Cit., p. 730.

(٢) - B. Sablier, Thèse précitée, p. 138 et s.

وانظر في نفس المعنى :

رسالة الدكتور محمد سعيد أمين ، المرجع السابق ص ٢٦٦ ، ومابعدها وص ٦٤٢ ومابعدها : حيث اهتم بابراز ما يكشف عنه حكم " شركة ترام شربورج " من الطابع المميز للسياسة القضائية لمجلس الدولة الفرنسي ، من خلال السعي لتحقيق النفع العام مع الموازنة في نفس الوقت بين حقوق الأفراد والادارة . " فالحرص على تحقيق النفع العام يبدو من خلال صيانة المال العام وعدم تبديده باجبار الادارة على دفع تعويضات لمتعاقدها بشأن مرفق أصبح غير قابل للحياة. أما الموازنة بين حقوق الأفراد والادارة فتبدو من خلال السماح للمتعاقد كما هو الحال بالنسبة لجهة الادارة المتعاقدة في التقدم بطلب فسخ العقد في حالة قلب التوازن [illegible] له ... " .

واذا كان البعض يرى في خصوص قضاء مجلس الدولة الفرنسى الذى ابتدع هذه الفكرة الادارية للقوة القاهرة، ميلا واضحا نحو التساهل من جانب المجلس فى تقديره لموقف جهة الادارة الراغبة في التخلص من التزاماتها الناشئة عن عقد أصبح غير ذى موضوع ، بالقياس بما هو معهود في قضاء المجلس من التشدد فى تقدير سلوك المتعاقد الذى يتمسك بوجود حالة قوة قاهرة بالمفهوم التقليدى للتحرر من تنفيذ التزاماته .(١)

الا أننا نرى أن المجلس لم يبد تساهلا في هذا الشأن ، وانما وضع فى اعتباره أن الاختلال الدائم فى اقتصاديات العقد لا يندرج فى نطاق نظرية الظروف الطارئة ، حيث لم تخلق هذه النظرية لتبرير دفع تعويضات الى مالا نهاية . كما أن هذا الوضع الجديد لا يندرج أيضا فى المفهوم التقليدى للقوة القاهرة حيث لم يترتب على الفعل استحالة مطلقة فى التنفيذ . والقاضى لا يمكنه تعديل العقد من تلقاء نفسه ، وليس من طريق أمامه سوى حث الأطراف على ابرام اتفاق لمواجهة الموقف الجديد مستخدما فى ذلك وسائل الضغط المتاحة . فاذا أغلقت هذه السبل فليس من سبيل آخر سوى فسخ العقد بناء على طلب أحد طرفى العقد ، وهو ماقرره المجلس فى قضائه المشار اليه .(٢)

---

(١) - M. Long, P. Weil, G. Braibant, G.A.J.A., 7e éd., Op. Cit., p. 213.

(٢) "وفى هذه الخصوصية تختلف نظرية الظروف الطارئة فى القانون العام عنها فى القانون الخاص : ففى هذا القانون الأخير، لا يستطيع القاضى أن يحكم بفسخ العقد ..." (الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى ، العقود، المرجع السابق ص ٦٤١) .
ونضيف فى هذا الصدد ، أنه فى خصوص نظرية القوة القاهرة فانها تختلف أيضا عن مثيلتها فى القانون الخاص . ففى هذا القانون الأخير اذا كان العقد ينفسخ من تلقاء نفسه بحكم القانون ، حيث =

واذا كان حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية " شركة ترام شربورج " هو حكم المبدأ في هذا الصدد ، الا أنه يجدر الاشارة الى أن مشكلة الاختلال الدائم في اقتصاديات العقد والتي واجهها المجلس بالتوسع الذي أضفاه على فكرة القوة القاهرة ، قد أشار اليها الفقيه " جيز " قبل حكم المبدأ بعدة أعوام (١) .
وتنبأ الفقيه الكبير بأن مجلس الدولة الفرنسي سيواجه هذا

= لا ضرورة لحكم قضائي بالفسخ ، الا أنه يمكن للقاضي النطق بفسخ العقد اذا التجأ اليه الدائن للالتزام الذي لم ينفذ . بمعنى أن الفسخ لا يمكن الا بناء على طلب الدائن وليس الطرفين في العقد . ومن ناحية أخرى فان الفسخ في نطاق القانون الخاص لا يفتح الباب لأي حق في التعويضات في خصوص هذه الجزئية . وأخيرا فان القاضي الاداري فقط هو الذي يملك وسيلة الضغط على المتعاقدين للوصول الى اتفاق يعيد للعقد الحياة ، أما القاضي المدني فلا يستطيع ذلك ويقتصر دوره على النطق بالفسخ عند الاقتضاء بناء على طلب الدائن ، والحكم الصادر هنا يقرر الفسخ ولا ينشئه .

يراجع في هذا الصدد : ملاحظات الاستاذ "Laroque" على حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية " ترام شربورج " المنشورة في مجموعة سيرى ، سنة ١٩٣٣ ، الجزء الثالث ، ص ٩٠ .

(١) - G. Jèze, "Influence de la guerre sur les actes de concession du service public de la distribution du gaz, R.D.P., 1920, p. 79.

الأمر مستقبلا عند عرضه عليه ، ذلك أن " نظرية الظروف الطارئة لم تخلق من أجل هذا الموقف غير المؤقت ... انه يجب البحث عن شيء آخر .... " (١)

ومن جهة أخرى اذا كانت نظرية القوة القاهرة بالمفهوم التقليدي يمكن أن تجد مجالا للتطبيق على كافة أنواع العقود حتى ماكان منها قصير المدة لا يفصل بين ابرامه وتمام تنفيذه سوى مدة محدودة ، (٢) ـ كما سبق أن أوضحنا ـ

الا أن القوة القاهرة الادارية التي ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي في حكم " ترام شربورج " لم تطبق عمليا الا بالنسبة الى عقود الامتياز ، نظرا لطول مدتها وامتداد تنفيذها الى مدد طويلة نسبيا ، مما يمكن معه أن تثار مشكلة الاختلال في اقتصاديات العقد بصفة نهائية . (٣)

---

(١) - **G. Jèze**, Article précité, R.D.P. 1920, p. 79: "La théorie de l'imprévision n'est pas faite pour cette situation qui n'est plus temporaire ... Il faut trouver autre chose".

(٢) - **J. Georgel**, J.C.A., Fasc. 512, Op. Cit., n°. 158.

ويراجع من أحكام مجلس الدولة الفرنسي :

- C.E. 6 mai 1956, Sté Chabal, Rec. p. 244.

(٣) انظر في هذا المعنى

- **J. Montmerle**, Commentaire C.C.G. ponts et chaussées, t. 2, Op. Cit., p. 132; **A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé**, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 629.

الاستاذ الدكتور سليمان الطماوي ، العقود ، المرجع السابق، ص ٦٤١ .

فعلى الرغم من أن المبادىء المشار اليها في حكم المبدأ ذات طابع عام بالنسبة لجميع العقود الادارية ، الا أنه في التطبيق العملي يتعذر تطبيقها على العقود غير متراخية التنفيذ (١) ، وبصفة خاصة فان هذا التطبيق محدد بعقود التزام المرفق العام . (٢)

وتجدر الاشارة في هذا المقام ، الي أن المشرع الفرنسي قد تدخل وتبنى المبادىء التى وضعها مجلس الدولة الفرنسى فى حكم " ترام شربورج " وضمنها بعض التشريعات التى أصدرها فى هذا الخصوص . (٣)

وعلى ذلك فان فسخ العقد المترتب على حالة الاختلال الدائم فى اقتصاديات العقد يمكن أن يتحقق فى التطبيق من خلال اجراء قضائى على نسق ماقرره مجلس الدولة الفرنسى فى حكم " ترام شربورج " (٤) ؛ وأيضا

---

(١) - Concl. Josse, sur C.E. 9 decembre, 1932, Cie des tramways de Cherbourg, precitee.

(٢) الأستاذ الدكتور عبدالحميد حشيش ، الظروف الطارئة ، المرجع السابق ص ٢٨٩ ومابعدها .

(٣) الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى ، العقود ، المرجع السابق ص ٦٤١ .

(٤) مما هو جدير بالذكر أن استاذنا الدكتور العميد سليمان الطماوى يؤكد على أنه لا يوجد قضاء لمجلس الدولة المصرى فى هذا الصدد حتى الان " . ويشير الى أنه يمكن الاخذ بما وصل اليه مجلس الدولة الفرنسى من نتائج فى هذا الصدد " (العقود ، المرجع السابق ص ٧٠٤)

من خلال اجراء ادارى نظمته بعض النصوص التشريعية الفرنسية التى استلهمت الأحكام التى وضع أساسها مجلس الدولة الفرنسى فى حكمه المشار اليه .(١)

ولقد تمثل ذلك أولا فى المرسوم بقانون الصادر فى ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٣٥ (٢) ، والمرسوم بقانون الصادر فى ٢٥ أغسطس سنة ١٩٣٧ (٣) ، والذين نصا على اجراء ادارى لمراجعة أو فسخ العقد بناء على طلب أحد طرفى العقد (٤) . والأول يتعلق بعقود التزام المرفق العام للنقل فى

---

(١) يلاحظ أن الاجراء الادارى لفسخ العقد فى حالة الاختلال الدائم فى اقتصادياته والذى نظمته بعض المراسيم بقوانين فرنسا ، هو أمر خاص بالنظام القانونى الفرنسى ، ولا يوجد ـ فيما نعلم ـ نصوص تشريعية فى مصر على نسق تلك التى استلهما المشرع الفرنسى وضمنها بعض التشريعات التى نظمت مثل هذا الاجراء .

(٢) - Le décret-Loi. 23 octobre. 1935: pour les concessions de transports en commun d'intérêt local.

(٣) - Le décret-Loi. 25 août. 1937: pour les concessions locales en général.

(٤) - **A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé,** T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., nos. 1401 et 1455.

المحليات ، والثاني مد نطاق هذا الاجراء الادارى لجميع عقود التزام المرافق العامة المحلية .(١)

ثم تدخل المشرع الفرنسى مرة أخرى ونص فى القانون الصادر فى ٣٠ يوليو سنة ١٩٤٧ ،(٢) على بعض الاجراءات المماثلة لتلك التى قررتها المراسيم بقوانين الصادرة عام ١٩٣٥ و ١٩٣٧ . والذى يميز هذا القانون الأخير، أن مجال تطبيقه أكثر اتساعا وشمولا ، حيث قرر أن طلب مراجعة أو فسخ العقد ليس محددا بحالة الاختلال الدائم لاقتصاديات العقد فقط وانما يمكن طلب المراجعة أو الفسخ لأى سبب آخر مناسب .(٣)

---

(١) - **J. Dufau**, "Concessions de service public", J.C.A., Fasc. 530, n°. 176.

(٢) ويتعلق باجراءات المراجعة أو الفسخ الاستثنائى لبعض العقود المبرمة بمعرفة الوحدات المحلية .

يراجع فى التفاصيل :

- **G. Vedel et Ch. Bettinger**, "Modalités d'exercice auxquelles obéit l'action en résiliation d'une concession de service public intentée en vertu des dispositions de la loi du 30 juillet 1947", C.J.E.G., déc. 1954 et janv. 1955, Doct., p. 107.

(٣) - **J. Dufau**, J.C.A., Fasc. 530, Op. Cit., n°. 176.

أيضا فيما يتعلق بالبلديات "Les communes" فان المـــــادة (ل ـ ٣٢٤ ـ ٧) من المدونة الخاصة بها فى فرنسا قد تضمنت اجـــراء خاصا لمراجعـــة أو فســخ عقد الالتزام اذا اختلت اقتصادياته نهائيـــا من جراء ظروف مستقلة عن ارادة المتعاقدين . (١) الا أن هذه المـــادة قد تم الغائها صراحة بالقانون رقم ٨٢ ـ ٢١٣ الصادر فى ٢ مارس سنـــة ١٩٨٢ (٢) . وسواء أكان الأمر يتعلق بالاجراء القضائى المستمد من حكـم " ترام شربورج " أو الاجراء الادارى التى تنظمه بعض النصوص فى فرنســا ، فانه يتحتم على أى من طرفى الرابطة العقدية اتباع الاجراءات المنظمـــة لطلب الفسخ فى حالة الاختلال الدائم لاقتصاديات العقد . وبصفة خاصـة فان الادارة المتعاقدة لا يمكنها مطلقـا أن تعلن وضع نهايـة لدفـــع التعويض الجزئى للظرف الطارىء ، الا اذا سجلت حالة قلب اقتصاديـــات العقد الذى لا أمـــل فى عودة توازنه مرة أخرى وذلك باتباعها الاجراءات

---

(١) يراجـــع فى التفاصيـــل وفى الاجراءات الواجب اتخاذها حتـــى يصدر قرار المراجعـــة أو الفسخ :

- A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 702.

(٢) - Loi n°. 82-213 du 2 mars 1982, J.O. 3 mars, p. 730: (relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions).

المقررة في هذا الصدد (١) . وهو الأمر الذى أكد عليه مجلس الدولة الفرنسـي في العديد من المناسبات . (٢)

---

(١) - **A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé,** T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 630.

(٢) انظر على سبيل المثال :

- C.E. 18 janvier 1950, Prêfet du Rhône, Rec. p. 38; 27 juillet 1951, Commune de Nontagnac, Rec. p. 439.

الفصـــل الثانـــي

التزامـــــــات الادارة

اذا ما توافرت شروط تطبيق أي من النظريـات الثلاث ، فانه يقـــع على عاتق الادارة تعويض المتعاقد المضار، والتعويض الذي يحكم به القاضي فـــي حالة الاستناد الى كل من نظريتي عمل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة، هو التعويض الكامل الذي يغطـــي كافة الاضرار التي تلحق بالمتعاقد . فـــي حين أن التزام الادارة بتعويض المتعاقد في حالة الاستناد الى نظرية الظـروف الطارئة ، تحكمه قاعدة التعويض المؤقت والجزئي .

فعلى أي أساس قانوني يقوم التعويض الذي يحكم به القاضي في حالـــة الاستناد الى أي من تلك النظريات؟ . وماهي القواعد التي يتم بناء عليهـــا تحديد قيمة التعويض والعناصر التي يشملها ؟ .

سنتناول الاجابة على هذه التساؤلات في المبحثين التاليين على التوالي:

المبحث الأول : أساس التعويض .

المبحث الثاني : كيفية تحديد التعويض ومداه .

المبحث الأول

أساس التعويـــــــض

"Fondement de l'indemnisation"

اذا كانت مسئولية الادارة تتقرر بلا خطأ من جانبها عند تطبيق أى مـن النظريات الثلاث عمل الأمير والظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعـة، اذا ما توافرت شروط تطبيقها . واذا كانت الادارة ملزمة بتعويض المتعاقـــد تعويضا كاملا فى حالة تطبيق أى من نظريتى عمل الأمير والصعوبات الماديـــة، وبتعويضه تعويضا جزئيا فى حالة الاستناد الى نظرية الظروف الطارئة ، فمـا هو الأساس القانونى لتعويض المتعاقد فى هذه الحالات ؟ .

بالطبع فان هذا الأساس القانونى للتعويض يختلف من نظرية لأخرى،كما أن الفقه لم يتفق على أساس قانونى محدد للتعويض فى نطاق كل نظرية مـن هذه النظريات على حدة . مما يستتبع دراسة أساس التعويض بالنسبة لكـل نظرية على حدة،من خلال الافكار المتعددة التى لجأ اليها الفقه لتبرير هـذا التعويض الذى يحكم به القاضى،اذا ما سلم بتوافر شروط تطبيق أى من تلـك النظريات .

وعلى ذلك سنقسم دراستنا لهذا المبحث فى المطالب الثلاث التالية :

المطلب الأول : الأساس القانونى للتعويض عن عمل الأمير.

المطلب الثانى : الأساس القانونى للتعويض عن الظروف الطارئة .

المطلب الثالث : الأساس القانونى للتعويض عن الصعوبات المادية غيـر المتوقعة .

المطلـــب الأول

الأساس القانونـــى للتعويض عن عمـل الأميـــــر

اقترح الفقه عددا من الأفكار المختلفة لتبرير التزام الادارة بتعويض المتعاقد تعويضا كاملا فى حالة عمل الأمير ، أو بعبارة أخرى لتوضيح الأساس القانونـــى لحق المتعاقد المضار فى الحصول على تعويض كامل تطبيقا لنظرية عمل الأمير .

إلا أن هناك فكرتين أساسيتين تردد بينهما الفقهاء وكانت لهما الغلبـــة على ماعداهما من أفكار ، وهما فكرة التوازن المالى للعقد والمسئولية التعاقديـــة للادارة (١) . البعض حاول رد فكرة التوازن المالى الى النية المفترضة لأطـراف العقد ، والبعض الآخر حاول المزج بين الفكرتين . أما من لم يسلم بفكـــرة التوازن المالى فقد نادى بالمسئولية التعاقدية للادارة كأساس لحق التعويض عن عمل الأمير . بالطبع هناك بعض الآراء الأخرى حاولت ارجاع حق التعويض الى بعض الأفكار الأخرى كالاثراء بلا سبب (٢) ، والمســـاواة أمام التكاليـــف

(١) - A. De Laubadère, "Les élémente d'originalité de la responsabilité contractuelle de l'administration", in Mélanges A. Mestre, 1956, p. 392.

(٢) ذهب الفقيه " هوريو " فى تعليق له على حكم مجلس الدولة الفرنسى فى قضية **"Zeilabadine"** ــ سابق الاشارة اليه ــ (منشور فـــى مجموعة سيرى ، سنة ١٩١٠ ، الجزء الثالث ص ١) ، الـــى أن أساس حق التعويض مرده الى نظرية " الاثراء بـــلا سبـــب "

"La théorie de l'enrichissement sans cause"

الا أن الأستاذ " دى لوبادير " يرى ــ وبحق ــ أن هذا الـــرأى يضيق من مجال تطبيق النظرية ، لأن القضاء يسلم للمتعاقـــد بالحق فى التعويض بمناسبة تدخلات جهة الادارة التى لا تتضمـــن أى اثراء لها : (مطوله فى العقود ، الطبعة الاولى، الجزء الثالـث، ص ٦٥ هامش ٢) .

العامة[1] ، الا أنها لم تلق قبولا فى الفقه.وسنعرض فيما يلي لكل هـــــذه الأفكار والاختلافات الفقهية بشأنها وصولا الى الأساس الذى نرجحه لتبريـــــر التعويض عن عمل الأمير .

أولا : فكرة التوازن المالي للعقد : "La notion d'équilibre financier".

ظهرت فكرة التوازن المالي لأول مرة بمناسبة تنفيذ عقود التزام المرفـــق العام ، حيث تولى المفوض "L. Blum" ابرازهـــــا وصياغتها فى تقريره المقدم أمام مجلس الدولة الفرنسى فى قضية "Cie Français des tramways" التى صدر فيها حكم المجلس فى ١١ مارس سنــــة ١٩١٠ [2]. فقد أكد المفوض "L. Blum" على أنه " من الأمـــــور

= وقارن مع ذلك : رسالة الأستاذ الدكتور فؤاد العطار ، المرجــــــع السابق، ص ٣٢١ .

ويراجع فى شأن فكرة الاثراء بلا سبب فى القانون الادارى ودورهـــــا فيما يتعلق بتأسيس حق التعويض عن الأعمال الضرورية والنافعـــــة لجهة الادارة:

- Gabriel Bayle, "L'enrichissement sans cause en droit administratif", Thèse, L.G.D.J., 1973, p. 80 et s.

(١) الأستاذ الدكتور توفيق شحاته ، مبادىء القانون الادارى ، الطبعـــة الأولى ، ١٩٥٤، ص ٨١٨ ومابعدها .

(٢) المجموعة ص ٢١٦ ، ومجموعة دالوز سنة ١٩١٢ ، الجزء الثالــــث ص ٤٩ مع تقرير المفوض ليون بلوم .

الجوهرية في عقود الالتزام ، ضرورة أن يتحقق بقدر الامكان التساوى بين المزايا التي تقررت للملتزم وبين الأعباء التي تفرض عليه ... فالمزايا والأعباء يجب أن تتوازى بما يحقق التوافق بين الفوائد المحتملة والالتزامات المفروضة. ففي كل عقد التزام يتضمن ـ كما لو كان حسابا ـ التوازن الشريف مابين ما يمنح للملتزم وبين ما يتطلب منه ... وهذا هو مايطلق عليه التوازن المالي والتجاري ، التوازن المالي لعقد الالتزام (١)!! "

ومازال الفقه يردد هذه العبارات التي صاغها المفوض"بلوم" لابراز جوهر فكرة التوازن المالي ، هذه الفكرة التي أصبحت منذ ذلك التاريخ دارجة في العديد من تقارير مفوضي الدولة أمام مجلس الدولة الفرنسي (٢) ، بل ان مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الهام الصادر في قضية "Union des transports publics urbains et regionaux"

---

(١) - Conclusions sous C.E. 11 mars 1910, Cie Générale Française des tramways, précitées.

(٢) انظر على سبيل المثال :

- **Concl. Corneills** sous C.E. 3 déc. 1920, Fromassol, R.D.P. 1921, p. 80.
- **Concl. Latournerie** sous C.E. 9 mars 1928, Cie des scieries africaines, précitées.
- **Concl. Andrieux** sous C.E. 10 avril 1935, Ville de Toulon, R.D.P. 1935, p. 783.

في ٢ فبراير سنة ١٩٨٣ [١] والذى أعلنّ فيه المجلس صراحة أن سلطـة الادارة في تعديل العقد بارادتها المنفردة ماهو الا " تطبيق للقواعد العامة المطبقـة على العقود الادارية "، حرص المجلس في هذا الحكم على تأكيد فكرة التـوازن المالي للعقد الادارى في مواجهة سلطة الادارة وتدخلاتها أثناء تنفيذ العقد [٢] . هذه الفكرة التي تبرر منح التعويض للمتعاقد مع الادارة وهي ملازمة لحق الادارة في التدخل أثناء تنفيذ العقد ، يترتب عليها أن الادارة لا يحق لها أن تحـدد مقدما النتائج المالية لتدخلاتها أثناء تنفيذ العقد ، بما يخل بالتوازن المالـي للعقد الادارى ، حتى ولو تضمن العقد شروطا صريحة بهذا التحديد [٣] .

---

(١) - R.D.P. 1984, p. 223, note **J.-M. Auby**, (précité).

(٢) وقد جاء بهذا الحكم :

"... le contractant a droit au maintien de l'équilibre financier du contrat ..".

(٣) - **F. Llorens**, "Le pouvoir de modification unilatérale et le principe de l'équilibre financier dans les contrats administratifs" - commentaire de l'arret du Conseil d'Etat du 2 février 1983, Rev. Fr. Droit Adm., mai-juin 1984, p. 50: "... selon l'arrêt, le principe de l'équilibre financier produit un effet très important: il interdit aux parties de limiter à l'avance .. le droit du contractant à indemnité pour les sujétions que l'administration lui imposerait en cours de contrat, et qui n'auraient pas été prévisibles lors de la signature de celui-ci".

"فالمتعاقد انما يقبل أن يلتزم لأنه يضع نصب عينيه حقوقا معينة يعول عليها ، ومادامت الالتزامات قابلة للزيادة أو النقص ، فيجب أيضا أن يكون هذا هو شأن الحقوق المقابلة لها " (١) .

وتأسيس الحق في التعويض استنادا الى فكرة التوازن المالي للعقد في حالة تطبيق نظرية عمل الأمير ، هو الأساس الذي سلم به غالبية الفقه الفرنسي والمصري مع بعض الخلاف في التفاصيل التي يجب ابرازها ، حتى يمكن أن نصل الى الفهم السليم لمضمون فكرة التوازن المالي :

١ ـ ان مبدأ التوازن المالي للعقد يؤدي دورا أساسيا كمبرر للتعويض في مجال المسئولية العقدية دون خطأ . بمعنى أن مبدأ التوازن يفسر التعويض الذي يتقرر للمتعاقد اذا ماكان مرجع الضرر الى فعل الادارة ، وبالتالي يمكن أن يكون أساسا للتعويض في نطاق نظرية عمل الأمير . أما في خارج هذا النطاق وبصفة خاصة اذا كان اختلال التوازن راجعا الى غير عمل الادارة ، فان مبدأ التوازن المالي للعقد وحده لا يمكن أن يبرر التعويض . (٢)

ولهذا فانه يمكن الربط بين مبدأ التوازن المالي للعقد والمسئولية العقدية دون خطأ، دون أي تناقض فلسفي في هذا الشأن . وقد سبق

---

(١) الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي ، العقود ، المرجع السابق ، ص ٥٥٤ .

(٢) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 1, Op. Cit., p. 719.

أن ذكرنا أن مسئولية الادارة في نطاق نظرية عمل الأمير هي مسئولية تعاقدية دون خطأ من جانبها .

أما مسئوليتها في نطاق كل من نظريتي الظروف الطارئة والصعوبات العادية غير المتوقعة فهي وان كانت مسئولية دون خطأ ، الا أنها ليست مسئولية عقدية دون خطأ.(١)

وهذه الأخيرة هي المجال الخصب لفكرة أو مبدأ التوازن المالي للعقد الاداري.(٢)

وعلى ذلك فانه اذا كان من الفقهاء من يجعل لمبدأ التوازن المالي صبغة عامة ، بحيث تلتزم الادارة بضمان التوازن المالي للعقد في كل حالة يختل فيها هذا التوازن ، سواء أكان ذلك بفعل الادارة أو نتاج أمر خارج عن ارادتها (٣) ، فاننا نرى أن هذا التعميم في غير موضعه وتوسيع لنطاق فكرة التوازن المالي دون مبرر.فهذه الفكرة لاتصلح وحدها لتبرير منح تعويض للمتعاقد

---

(١) يراجع المبحث الثالث من الفصل الأول من القسم الأول من هذا البحث .

(٢) - **F. Llorens**, Commentaire du C.E. 2 février 1983, précité, p. 51.

(٣) - **De Soto**, note au D. 1950, J. 455: "on sait que parmi les régles essentielles de contrats administratifs figure la régle dite du: maintien de l'équilibre financier du contrat, d'après laquelle, si l'action de l'administration ou une circonstance exceptionnelle ont modifié cet équilibre, une indemnité doit être versée au cocontractant lésé".

وانظر في ذات المعنى تعليق الأستاذ " دى سوتو " المنشور في مجموعة دالوز سنة ١٩٤٢ ، ص ١١١ .

اذا كان الاختلال الذى أصاب العقد راجعا الى غير عمل الادارة (١) . ومـــن جهة أخرى ، فانها لا تصلح لتبرير التعويض الذى يحكم به القاضى فى حالــــة الظروف الطارئة على سبيل المثال . حيث لا تطبق هذه النظرية الا اذا أدت الى قلب اقتصاديات العقد وليس مجرد اختلال التوازن المالى له فقط . (٢)

ومن ناحية أخرى فان فكرة التوازن المالى للعقد تؤدى الى تعويـــــض المتعاقد تعويضا كاملا وليس مجرد تعويض جزئى . كما أن الادارة لا تلتزم فـــى حالة تطبيق نظرية الظروف الطارئة باعادة التوازن الأصلى للعقد وانما تلتــــزم فقط بمد يد المساعدة للمتعاقد لكى يمكنه تجاوز الظروف التى اعترضت تنفيـــذ العقد . (٣)

٢ ــ هناك اتجاه فى الفقه ، مع تسليمه بأن أساس حق التعويض فى نطاق نظرية عمل الأمير يرتكز على فكرة التوازن المالى للعقد، الا أن هـــذا الاتجاه يرى أن فكـــرة التوازن المالى للعقد ترجع الى النية المشتركـــــة

---

(١) الأستاذ الدكتور سليمـــان الطماوى ،العقود ، المرجـــع السابـــق ، ص ٥٥٨ .

(٢) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A. 2e éd., t. 1, Op. Cit., pp. 719-720.

(٣) - G. Péquignot, J.C.A., ancien, Fasc. 511, Op. Cit., n°. 398: "l'équation financière conduirait à l'indemnisation intégrale du préjudice, celle de l'imprévision à allocation d'une aide, à la participation à un aléa".

للطرفين المتعاقدين (١) . بمعنى أن اعادة التوازن المالى للعقد ناتج عن تطبيق شرط تعاقدى ضمنى للنية المفترضة لأطراف العقد، وأن حق التعويض عن عمل الأمير يؤسس فقط على فكرة التوازن المالى فى اطار هذا المفهوم المحدد بالنية المفترضة . (٢) الا أنه يؤخذ على هذا التفسير الذى يربط بين فكرة التوازن المالى للعقد والنية المشتركة للطرفين المتعاقدين ، أنه لا يصدق فى جميع الحالات . ولذلك فان تعميم هذه الفكرة وفرضها فى غير حالة النص عليها فى العقد، ينطوى على قدر كبير من التعسف . (٣) فاذا تم النص فى العقد، صراحة على ضمان الادارة للتوازن المالى للعقد، فان الأمر لا يخرج عن كونه تفسيرا لشروط العقد. (٤) أما اذا لم ينص فى العقد صراحة على ذلك، فان أساس فكرة التوازن المالى للعقد التى تبرر منح التعويض، يرجع الى قواعد العدالة على اعتبار أن فكرة التوازن المالى تواجه السلطات الاستثنائية التى تتمتع بها الادارة فى مواجهة المتعاقد، ومن جهة اخرى فانه بالنظر الى أن المتعاقد ماهو الا معاون لجهة الادارة ، فانه يجب لصالح المرفق العام ، الحفاظ على التوازن المالى للعقد واعادة هذا التوازن فى كل مرة يختل فيها نتيجة تدخلات جهة الادارة

---

(١) من هذا الاتجاه :

- **Bonnard**, "Précis de droit administratif", L.G.D.J., 3e éd., 1940, p. 641 et 717; **G. Péquignot**, Thèse précitée, p. 452; **De Soto**, Chronique au J.C.P. 1950, p. 817; **G. Jèze**, Contrats, t. 2, Op. Cit., p. 681.

(٢) يراجع لمزيد من التفاصيل عن فكرة النية المشتركة لأطراف العقد : رسالة الأستاذ الدكتور ثروت بدوى ، المرجع السابق ص ٢٠٥ وما بعدها .

(٣) الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى ، العقود ، المرجع السابق ص ٥٩٧ .

(٤) - C.E. 10 avril 1935, Ville de Toulon, précité.

أثناء تنفيذ العقد(١).

ولهذا فان أستاذنا الدكتور سليمان الطماوى يرى ـ وبحق ـ " أنه من الأسلم أن نسلم بفكرة التوازن المالى للعقد ، دون حيلة ارجاعها الى نية الطرفين ، باعتبارها من خصائص العقد الادارى" (٢).

٣ ـ ان فكرة التوازن المالى للعقد الادارى التى يؤسس عليها حق المتعاقد فى التعويض على الأقل فى نطاق نظرية عمل الأمير، لا تعنى التوازن الحسابى بين الحقوق والالتزامات.ولذلك فان ماذهب اليه الفقيه " بيكنيو" من رد فكرة التوازن المالى للعقد الى معادلة حسابية(٣)، هو أمر منتقد

---

(١) - **A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé,** T.C.A., 2e éd., t. 1, Op. Cit., p. 721.

(٢) مؤلفه فى العقود، المرجع السابق، ص ٥٩٧.

وانظر عكس ذلك :

- **M.A. Flamme,** Traité théorique et pratique des marchés publics, t. 2, Op. Cit., p. 637: "L'idée d'équilibre financier ... correspond d'ailleurs incontestablement à l'intention des parties ...".

(٣) - **G. Péquignot,** J.C.A. ancien, Fasc. 511, no. 237: "L'équilibre du contrat administratif est dynamique et du type $\frac{a}{b} = \frac{a'}{b'}$. Si l'administration substitue une obligation a à l'obligation originaire, la rémuneration de son cocontractant qui était b à l'origine deviendra b', et le systèms contractuel, ainsi rééquilibré, sera maintenu".

- ومن هذه الفقرة التى اقتبسناها من بحث الأستاذ "بيكنيو" نجد أنه يفترض أن حقوق المتعاقد عند ابرام العقد تساوى (أ) وأن التزاماته =

في الفقـه (١). فالتوازن المالي للعقد لا يخرج عن كونه توازنا شريفـا بيـن الالتزامات والحقوق "L'équivalence honnête des prestations" (٢)

٤ ـ استند الأستاذ الدكتور ثروت بدوى الى هذا الجمود الحسابـى لمضمون فكرة التوازن المالي للعقد كما صاغه الأستاذ بيكنيو "، والى الطابـع العام الذى أضفاه بعض الفقهاء على هذه الفكرة، للقول بأن فكرة التوازن المالـى ماهى الا فكرة خطرة وغير صحيحة (٣) . ورتب على ذلك أنـه لا حاجـة

= تساوى (ب) ، ويفترض أيضا أن حقوق المتعاقد بعد تدخل الادارة (أَ) والتزاماته (بً) ، وبالتالى يصور فكرة التوازن من خلال معادلة حسابيـة لتساوى الأداءات على النحو التالي : $\frac{أ}{ب} = \frac{أً}{بً}$.

(١) يراجع في هذا الصدد : الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى ، العقـود ، المرجع السابق ص ٥٥٧ ومابعدها .
الدكتور محمد سعيد أميـن ، رسالتـه السابـق الاشارة اليهـا ، ص ٥٨٠ .

(٢) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 1, Op. Cit., p. 717.

(٣) رسالته عن عمل الأميـر ، المرجع السابق ، ص ١٣٠ ومابعدهـا ، حيث يقول :
"Cette théorie de l'équilibre financier du contrat administratif est aussi dangereuse qu'inexacte".

للجوء لهذه الفكرة المصطنعة وغير الصحيحة للتوازن المالي لتبرير حق المتعاقد في التعويض (١) .

واذا كان الأستاذ الدكتور ثروت بدوى ، قد أرجع خطورة فكرة التوازن المالي للعقد الى الطابع العام الذى أضفاه بعض الفقهاء ـ وخاصة الفقيه دي سوتو ـ على هذه الفكرة ، فقد سبق أن ذكرنا أن هذا الاتجاه محل انتقاد الفقهاء ، وأن فكرة التوازن المالي لا تصلح وحدها لتبرير منح تعويض للمتعاقد اذا ماكان اختلال العقد مستقلا عن عمل الادارة .

أما عدم صحة فكرة التوازن المالي فقد أرجعه هذا الرأى الى عدم تطابق التعويض الذى يحكم به القاضي للمتعاقد في حالة اختلال العقد نتيجة تدخلات الادارة ، في جميع الحالات مع التوازن المالي للعقد كما روعى عند ابرام العقد (٢) .

---

(١) جاء في صفحة ١٣٣ من رسالته السابق الاشارة اليها :

"... nous ne croyons pas avoir besoin de recourir à l'idée synthétique et inexacte de l'équilibre financier pour expliquer le droit du cocontractant à une indemnité".

(٢) قدم الأستاذ الدكتور ثروت بدوى فرضين لهذه الحالة :

أ ـ عند ابرام العقد ، قد يقبل المتعاقد ـ نتيجة لخطأه ـ أسعارا غير مجزية . فاذا ما تدخلت الادارة أثناء التنفيذ ، فان الذى يعول عليه القضاء للحكم بالتعويض الكامل هو السعر الحقيقى وقت تدخل الادارة ، وليس ذلك السعر الذى قبله المتعاقد عند ابرام العقد .

ب ـ ان فكرة التوازن المالي لا تفسر التعويض الذى يمنح للمتعاقد عندما تستخدم الادارة سلطتها في انهاء العقد دون خطأ من جانب المتعاقد . فلم يعد هناك عقد حتى يمكن بالفرض التحدث عن الحفاظ على التوازن المالي لعقد غير موجود .

(يراجع في التفاصيل ص ١٣١ ومابعدها من رسالته السابق الاشارة اليها) .

وقد سبق أن ذكرنا أن التوازن المالي ليس معادلة حسابية كتلك التي صاغها الأستاذ بيكنيو ، ولكن كما يرى - وبحق - أستاذنا الدكتور الطماوي أن "فكرة التوازن المالي مجرد توجيه عام ، وتستهدف الابقاء على طبيعة العقد كما روعي عند التعاقد ... ومن ثم فمن المغالاة القول بأن هذه الفكرة خطيرة وغير صحيحة " .(١)

ثانيا : المسئولية التعاقدية للادارة دون خطأ :

"La responsabilité contractuelle sans faute"

التفسير الثاني المقترح لأساس المسئولية عن عمل الأمير ، هو المسئولية التعاقدية دون خطأ للادارة. هذا التفسير الذي يقول به بعض الفقهاء ، والذين لم يسلموا بفكرة التوازن المالي للعقد ، يرتكز على المبدأ الجوهري الذي يميز نظرية المسئولية العقدية في القانون الاداري ، والذي بمقتضاه يمكن اثارة مسئولية الادارة العقدية اما بناء على وجود الخطأ أو بدون خطأ . وهو الأمر الذي لا مثيل له في روابط القانون الخاص(٢) .

وفي واقع الأمر فان هذه الخصوصية التي تميز المسئولية العقدية الادارية ، مردها الى العلاقة التي تربط بين العقد الاداري ومقتضيات

---

(١) مؤلفه في العقود ، المرجع السابق ، ص ٥٥٨ .

(٢) يراجع ماسبق بحثه في المبحث الثالث ، الفصل الأول من القسم الأول من هذا البحث .

المرفق العام من ناحيــــة ، ومظاهــــر السلطــة العامة التى تتمتع بهـــــا الادارة فى مواجهـــة المتعاقد من ناحية أخرى (١) .

ويؤكد العديد من الفقهـــاء أن عمل الأمير يشكل الغرض النموذجــــى للمسئولية العقديـــة دون خطأ ، وأن هذه الفكرة هى التى يؤسس عليهـــا الحق فى التعويض (٢) . فالأستاذ الدكتور ثروت بدوى يؤكد أنه " لتفسير حق المتعاقد فى التعويض فان هذا الحق ليس الا نتيجة لازمة لسلطة التعديـــل

---

(١) - **P. Delvolvé**, "Responsabilité contractuelle", Op. Cit., p. 5 et s.

ويفسر الأستاذ **"Delvolvé"** هذه العلاقة وأثرها على فكـــرة المسئولية التعاقديـــة دون خطأ قائلاً :

"En particulier le principe de continuité du service public interdit des interruptions du service confié au cocontractant. Le principe de mutabilité ou d'adaptation constante justifie aussi la modification de ses obligations ... C'est une source de responsabilité contractuelle sans faute.... Les prérogatives exorbitantes du droit commun que détient l'administration cocontractante lui permettent de prendre des mesures qui affectent l'exécution du contrat ...; la théorie du fait du prince et ses conséquences indemnitaires en sont la plus parfaite illustration".

- **Ph. Terneyre**, Thèse précitée, p. 296.

(٢) الأستاذ الدكتور محمود حلمى، العقد الادارى ، المرجع السابـــق ، ص ١٢٢ .

التي تملكها الادارة . فالخطأ لم يعد مستلزما لاثارة مسئولية السلطة العامـــة.
فالمسئولية غير التعاقدية دون خطأ ، تقابلها المسئولية التعاقدية للتعديـــلات
التي تجريها الادارة بارادتها المنفردة على عقودها "(١) . وفي هذا المقام تجـــدر
الاشارة الى تقرير المفوض "روميــو" في قضية "Bardy" (٢) ، حيث
أكد على أنه " عندما تكون السلطة العامة ، التي أبرمت العقد ، هي التـــي
فرضـت الضريبة ، فانه يجب أن تتقرر مسئوليتها تجاه المتعاقد معهـــا ".
وأيضا ما أشار اليه الأستاذ " مستر " في تعليقه على حكم مجلس الدولـــة
الفرنسي في قضية "Ville d'Elboeuf" (٣) حيث أبرز هذا المعنـى،
مؤكدا على أن " نظرية عمل الأمير تفترض أن تنفيذ العقد أصبح اكثر ارهاقـــا
من جراء عمل السلطة العامة التي أبرمت العقد، وتتيح الفرصة للتعويـــض
الكامل المؤسس على مسئولية هذه السلطة " .

---

(١) رسالته السابق الاشارة اليها، ص ١٣٣ و ص ١٩٩ ومابعدها.

(٢) - Concl. **Romieu**, sur C.E. 29 décembre 1905, Bardy, Rec. p. 1014: "Lorsque c'est la personne publique signataire du contrat qui établit un impôt, elle engage sa responsabilité envers celui qui a contracté avec elle".

(٣) - Note **Mestre**, S. 1950, 3, 61: "Le fait du prince suppose l'exécution d'un contrat, devenu simplement plus onéreux par suite d'un acte de l'autorité publique, signataire du contrat, et donne lieu à indemnité totale fondée sur la responsabilité de cette dernière".

وفضلا عن ذلك فان قضاء مجلس الدولة الفرنسي قد أشار صراحة الـــى فكرة المسئولية التعاقدية وذلك فى حكمه الصادر فى قضية "Kerguelen" (١). وهو ما يمكن استخلاصه ضمنا من امكانية التعويض عن الاجراءات العامة فـــى نطاق نظرية عمل الأمير • ذلك أن التسليم بامكانية التعويض عن الأعمـــال التشريعيــة وأيضا أعمال السيادة فى بعض الفروض ، ليس الا تسليما بتقريـــر مسئولية الدولة دون خطأ • (٢)

الا أن البعض قد ذهب الى أن عمل الأمير لا يصح أن يلحق بفـــرض المسئولية التعاقدية دون خطأ • فالأستاذ "Dufau" يرى أنه " اذا كانت زيادة النفقات مردها حقا الى الادارة المتعاقدة ، فانها قد تصرفت بصفــة أخرى غير تلك التي تعاقدت بها ••• وعلى ذلك فانه فهم غير سليم القـــول بأن الشخص العام المتعاقد يمكن أن تتقرر مسئوليتـــه التعاقديـــــة عندما يستعمل اختصاصا ـ تشريعيا أو لائحيا ـ منفصـلا تماما عن شـــروط

---

(١) - C.E. 22 octobre 1937, Rec. p. 839: "Le décret ... a limité l'étendue des droits qui avaient été concédés à la compagnie ... que la dite compagnie est fondée à soutenir que cette limitation lui a porté préjudice et a engagé la responsabilité contractuelle de l'Etat".

(٢) - **Ph. Terneyre,** Thèse précitée, p. 298.

العقد.بالطبع فان ممارسة هذا الاختصاص له تأثير عكسي على تنفيذ العقد ، ولكن لا يمكن أن يكون مجالا للمسئولية العقدية لأنْ السلطة المختصة تدخلت بصفة أخرى غير تلك التي تعاقدت بها... اذن خارج النطاق التعاقدي ". (١)

أيضا مايراه الأستاذ "Chapus" من أن " المتعاقد الذي يجد نفسه أمام التزامات اكثر ارهاقا ، يستحق دون شك تعويضا ، ولكنه تعويض خارج الاطار العام للمسئولية ". (٢)

ولقد أعتبر الأستاذ "Es. Chasseriau" أن " المسئولية دون خطأ تؤسس على فكرة المخاطر ، وهي الحالة التي لا تسنح الا في المسئولية غير العقدية . (٣)

---

(١) - J. Dufau, "Les concessions de service public", ed., du Moniteur, Op. Cit., p. 105: "Le fait du prince, ne peut y avoir matiere a responsabilite contractuelle puisque l'autorite concedante intervient en une autre qualite que celle de co-contractante, donc en dehors du regime contracutel".

(٢) - R. Chapus, These precitee, n°. 368.

(٣) - Es-Chasseriau, "les rapports de la responsabilite contractuelle et de la responsabilite extra-contractuelle en droit administratif", These, Paris, 1952, p. 16.

وفي الواقع فان هذه الآراء التي لم تسلم بفكرة المسئولية التعاقدية دون خطأ كأساس للتعويض عن عمل الأمير ، انما ترتكز على تحديدها لمفهوم عمل الأمير ، وقصره فقط على ممارسة الادارة المتعاقدة لاختصاصاتها الخارجة عن نطاق التزاماتها العقدية ، وبحيث لا يشمل عمل الأمير — وفقا لهذا التحديد — سلطة الادارة في تعديل العقد بارادتها المنفردة (١) •

ثالثا : الأساس المزدوج لحق التعويض عن عمل الأمير : التوازن المالي والمسئولية التعاقدية :

يمكن تأسيس حق التعويض عن عمل الأمير ، على أساس فكرتي التوازن المالي والمسئولية التعاقدية معا ، فكل منهما

= وانظر في نفس المعنى :

- M.A. Flamme "Traité théorique et pratique des marchés publics", t. 2, Op. Cit., p.637.

حيث يرى أن أساس التعويض مرده الى فكرة التوازن المالي للعقد ويتساءل متعجبا " لماذا يجب أن نتحدث عن المسئولية ، وحتى ولو كانت بلا خطأ في هذه الحالة ؟ " •

(١) يراجع ماسبق ذكره في عرض هذا الاتجاه والانتقادات التي وجهت اليه ، ص ١٧٤ من هذا البحث •

تكمل الأخرى . ولذلك فاننا نرى أنه من المغالاة استبعاد فكرة التوازن المالي للعقد ــ كما ذهب البعض ــ ومن المغالاة أيضا رفض فكرة المسئولية التعاقدية كأساس للتعويض عن عمل الأمير . ويمكن القول بأن فكرة المسئولية التعاقدية دون خطأ تعتبر "الأداة الفنية القانونية " ،التي بمقتضاها يتم منح التعويض للمتعاقد . كما أن فكرة التوازن المالي للعقد تعتبر " المعطية" التي تبرر هذا التطبيق [١] . فالمسئولية عن عمل الأمير ماهي الا مسئولية تعاقدية ، على أساس التوازن المالي للعقد . وهذه المسئولية هي التي تفسر التعويض ، ومبدأ التوازن المالي للعقد هو الذي يبرر المسئولية دون خطأ .

أما أن عمل الأمير يعتبر حالة للمسئولية التعاقدية للادارة ، فان ذلك هو الذي يفسر بصفة خاصة " اشتراط مجلس الدولة الفرنسي أن يكون عمل الأمير من فعل جهة الادارة المتعاقدة ، ورفضه التعويض على هذا الأساس اذا ماكان عمل الأمير من فعل سلطة عامة أخرى غير جهة الادارة المتعاقدة" [٢] . وهو أمر يتفق مع القواعد العامة ، حيث أن كل مسئولية تتطلب الاسناد الى مصدر الفعل الذي سبب الضرر .

وهذا هو الفارق الذي يفصل بين نظرية عمل الأمير وبين كل من نظريتي الظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة ، واللتان لا ترتكزان على فكرة المسئولية التعاقدية ، كما سبق أن اوضحنا .

---

(١) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit. p. 554.

(٢) الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي ، العقود ، المرجع السابق ، ص ٥٩٦ .

هذا بالاضافة الى أن اسناد الفعل الذى سبب الضرر لجهة الادارة المتعاقدة هو الذي يفسر أيضا أن تعويض الضرر يتم بحسب ذات القواعد التى نجدها في حالة نكوث الادارة عن تنفيذ التزاماتها التعاقدية (١) . حقيقة أن فعل الأمير لا يعد اجراء غير مشروع ، وبالتالى فان المسئولية عنه ليست مسئولية تعاقدية بناء على خطأ أحد طرفى العقد . فالادارة تتصرف بمقتضى سلطاتها المشروعة ، وهذا يثبت أنه فى المجال التعاقدى — كالمجال غير التعاقدى — يمكن اقامة مسئولية الدولة في بعض الحالات دون خطأ (٢) . ويبقى بعد ذلك تبرير هذا التطبيق للمسئولية دون خطأ ، وهنا يبرز دور فكرة التوازن المالى للعقد التى تبرر هذه المسئولية (٣) . وهو مايقابل الدور الذى تؤديه فكرة " مساواة الأفراد أمام التكاليف العامة " بالنسبة للمسئولية غير العقدية دون خطأ .

فاذا كانت المسئولية فى هاتين الحالتين بدون خطأ ، الا أن الذى يبرر مسئولية الادارة العقدية دون خطأ ، هو ضرورة اعادة التوازن المالى للعقد ، حيث لا تصلح فكرة مساواة الأفراد أمام التكاليف العامة لتبرير المسئولية دون خطأ ، الا خارج النطاق التعاقدى ، حيث تقوم

---

(١) - A. De Laubadère, Article précité, in Mélanges Mestre, p. 392 et s.

(٢) - Ph. Terneyre, Thèse précitée, p. 297.

(٣) - A. De Laubadère, J.-C. Venezia, Y. Gaudemet, T.D.A., 10e éd., t. 1, Op. Cit., p. 635.

المسئوليــــة على أساس المخاطر (١) .

وعلى ذلك فانه اذا كان لا يمكن لفكرة مساواة الأفراد أمام التكاليف العامة أن تجد مكانا فى المجال التعاقدى ، فان الذى يحل محلهـا ويؤدى دورهـا لتبرير التعويض فى هذا المجال ، هو فكرة التوازن المالى للعقـد الادارى (٢) .

---

(١) - C.E. 6 janvier 1971, S.A. de gérance des vêtements Abdon, R.D.P. 1973, p. 276: "Le cocontractant de l'administration ne peut invoquer à l'occasion de l'exécution d'un contrat, la rupture de l'égalité devant les charges publiques".

(٢) - **Ph. Terneyre,** Thèse précitée, p. 298: "La responsabilité pour rupture de l'égalité devant les charges publiques ne pouvait être, purement et simplement, transposée dans le domaine contractuel".

وبخصوص مبدأ مساواة الأفراد امام التكاليف العامة كأساس للمسئوليـــة دون خطأ والشـــروط الواجب توافرها ، يراجع :

- **P. Delvolvé,** "Le principe d'égalité devant les charges publiques", Op. Cit., p. 235 et s.

المطلـــب الثانـــي

الأساس القانوني للتعويض عن الظـــروف الطارئـــــة

لم يتفق الفقهاء على أساس موحد يرجع اليه تبرير منح المتعاقد تعويضـــــا جزئيا استنادا الى نظرية الظروف الطارئة • ويمكن رد الأسس التي اقترحها الفقهـاء الى الأفكار التاليـــة :

أولا : فكرة النية المشتركة لأطراف العقد :

"La commune intention des parties".

ذهب بعض الفقهاء الى أن التعويض الذي يحكم به القاضي في حالة تطبيـــق نظرية الظروف الطارئة انما يستند الى الارادة المشتركة لطرفي العقد• فالعميـــد " بونار " يؤكد على أن التعويض عن الظروف الطارئة انما يتوافق مع ما انصرفـت اليه نية الطرفين ضمنيا أثناء ابرام العقد • (١)

وقد ترددت هذه الفكرة في تقارير بعض المفوضين أمام مجلس الدولة الفرنسي. من ذلك ما أشار اليه مفوض الدولة "Chardenet" في تقريره المقدم فـي قضية " غاز بوردو " ، حيث يقول موجها حديثه للمجلس : "لقد طبقتم مبدأ أن العقود يجب أن تنفذ بحسن نية ، ووفقـــا للنية التي قصدها الأطراف لحظة ابرام العقد••" (٢) • واذا كان الأستاذ " دي سوتو " من أنصار فكـــرة

(١) - **Bonnard**, Précis de droit administratif, Op. Cit., p. 744.

(٢) - Concl. **Chardenet** sous l'arrêt du Gaz de Bordeaux, précitées: "Vouz avez appliqué très largement le principe que les contrats doivent être exécutés do bonne foi et conformément à l'intention que les parties en présence avaient pu avoir au moment ou elles contractaient..

=

التوازن المالي للعقد كأساس قانوني للتعويض بصفة عامة ، الا أنه حاول التقريب بين تلك الفكرة وبين فكرة النية المشتركة لطرفي العقد. ويفسر ذلك بأن القضاء قد سلم بفكرة التوازن المالي على اعتبار أن هذا التوازن هو ما أراده وانصرفت اليه نية الطرفين.(١)

ولقد انتقد العديد من الفقهاء تأسيس حق التعويض في حالة الظروف الطارئة على فكرة النية المشتركة للطرفين. فالأستاذ الدكتور سليمان الطماوي يرى – وبحق – أن " هذا الأساس تعسفي في معظم الحالات ، ولا يصلح دائما لتبرير القواعد البريتورية التي يخلقها القضاء الاداري ، ولو استتر خلف قواعد التفسير ".(٢)

Et de vos nombreuses décisions on a déduit toute une doctrine que l'on a appelée la théorie de l'imprévision". =

(١) - **De Soto**, "Imprévision et économie dirigée", Op. Cit., p. 818: "En réalite, la jurisprudence s'attache à maintenir l'équilibre financier parce qu'il a été voulu par les parties".

(٢) العقود ، المرجع السابق ص ٦٣٤.

وانظر أيضا فيما يتعلق بالانتقادات التي وجهت لهذه الفكرة :

الأستاذ الدكتور محمود حلمي، العقد الاداري، المرجع السابق ص ١٣٠.

- **A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé**, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 609; **F. Llorens**, Thèse précitée, p. 292; **P. Azard**, "L'instabilité monétaire et la notion d'équivalence dans le contrat", J.C.P., 1953. 1. no. 22.

وينتقد الأستاذ الدكتور عبدالحميد حشيش تأسيس حق التعويض فى حالة الظروف الطارئة على فكرة النية المشتركة لأطراف العقد (١) ، مبينا أن هذه الفكرة لا تصلح لتأسيس حق التعويض ، ومشيرا الى أن البحث عن الارادة المشتركة للمتعاقدين مسألة دقيقة جدا. فالقاضي يجب لكي يتعرف على النية المشتركة ، عليه أن يعود الى تاريخ ابرام العقد ، وربما يكون قد أبرم منذ فترة طويلة .

ويتساءل الأستاذ الدكتور عبدالحميد حشيش كيف يمكن الحديث عن النية المشتركة للأطراف والفرض أن مصالحهم متعارضة؟ . فالمدين فى حالة الظروف الطارئة ، تنصرف نيته الى التحرر من الالتزام الذى أصبح أكثر ارهاقا بحيث يهدده بخسارة فادحة ، فى حين أن نية الدائن قد تنصرف الى الاستفادة من هذا الموقف بتحميل المدين النتائج المترتبة على هذه الحالة . وحتى بالنسبة للمادة ١١٥٦ من القانون المدنى الفرنسي والمقابلة للمادة ١٥٠ من القانون المدني المصرى ، فان هاتين المادتين لا تجيزان للقاضي اللجوء الى تفسير ارادة طرفي العقد ، الا اذا كانت نصوص العقد مبهمة وغير واضحة ، أما اذا كانت عبارة العقد واضحة ، فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على النية المشتركة للمتعاقدين . ثم ينتهي الى أن " الحجة الدامغة التي تدحض اللجوء الى فكرة النية المشتركة ، كأساس للتعويض فى حالة الظروف الطارئة ، هي أنه اذا كانت الظروف الطارئة تؤسس حقا على فكرة النية المشتركة لطرفي العقد ، فان هذه النية يمكن أن تنصرف الى استبعاد تطبيق تلك النظرية صراحة أو ضمنا . الا أن تلك النظرية تطبق على الرغم من وجود شرط بالتنازل عن تطبيقها ، حيث أن الأحكام المتعلقة بتلك النظرية من النظام العام لا يجوز

---

(١) - A. Hachich, Thèse précitée, p. 395 et s.: "... cette idée apparait comme critiquable et abusive et ne peut servir de base à l'imprévision".

الاتفاق على ما يخالفها ، وعلى ذلك فنظرية الظروف الطارئة لا يؤسس التعويض بناء عليها استنادا الى تفسير النية المشتركة لطرفي العقد "(١) .

ثانيا : فكرة التوازن المالى للعقد "L'équilibre financier du contrat"

يرى بعض الفقهاء أن حق المتعاقد فى التعويض بناء على نظرية الظروف الطارئة ماهو الا تطبيق لمبدأ التوازن المالى للعقد (٢) . ولقد سبق أن أشرنا لهذا المبدأ الذى يحتل مكانا بارزا فى النظرية العامة للعقد الادارى ، وانتقدنا الطابع العام الذى أضفاه بعض الفقهاء على هذا المبدأ من جهة، وانتقدنا من جهة أخرى تصوير هذا المبدأ وكأنه توازن حسابى صارم بين الحقوق والالتزامات (٣) .

الا أنه لا يصح ارجاع التعويض فى حالة الظروف الطارئة الى فكرة التوازن المالى للعقد . فنظرية الظروف الطارئة تفترض حدوث قلب فى اقتصاديات العقد رأسا على عقب ، وليس مجرد اختلال التوازن المالى للعقد (٤) . كما أن فكرة

---

(١) يراجع فى عرض هذه الأوجه من الانتقادات ، رسالته السابق الاشارة اليها ص ٣٩٦ .

(٢) - De Soto, note au D. 1942. J. p. 111 et article précité, J.C.P. 1950, 1, p. 817.

(٣) يراجع المطلب الأول من هذا المبحث .

(٤) - F. Llorens, Thèse précitée, p. 291.

التوازن المالى للعقد تؤدى الى تعويض المتعاقد تعويضا كاملا ، فى حيـــن أن التعويض الذى يحصل عليه المتعاقد فى حالة الاستناد الى نظرية الظروف الطارئـة ليس الا تعويضا موقتا وجزئيا ، تمكينا للمتعاقد على تخطى هذه الظروف والاستمرار فى تنفيذ التزاماته العقدية • (١)

ومن جهة أخرى ، فان فكرة التوازن المالى للعقد لا يمكن أن تبرز حـــق المتعاقد فى طلب التعويض للظروف الطارئة ، عندما يستخدم حقه فى طلب فسخ العقد قضائيا فى حالة قلب اقتصاديات العقد نهائيا ، فالفـرض أنه لا يمكن الحديث عن اعادة التوازن المالى للعقد الذى لم يعد له وجود• ولهذا السبب أيضـــــا فان هذه الفكرة لا تصلح لتبرير طلب التعويض الذى يتقدم به المتعاقد بعـــد انقضاء العقد• (٢)

---

(١) - **G. Péquignot,** J.C.A. ancien, Fasc. 511, n°. 398; **A. De Laubadère,** T.C.A., 1er éd., t. 2, Op. Cit., p. 37: "La théorie de l'imprévision ne s'applique .., que lorsqu'il s'est produit non pas une simple rupture d'équilibre, mais un bouleversement du contrat, et d'autre part que l'administration n'est pas tenue en pareil cas à rétablir l'équilibre initial du contrat mais seulement à fournir au cocontractant une contribution pour l'aider à fair face à un déséquilibre périlleux".

(٢) - **A. Hachich,** Thèse précitée, p. 392 et s.

ولقد أبرزت محكمة القضاء الاداري المصرية في حكمها المطول الصادر في ٣٠ يونيه سنة ١٩٥٧ ، أن نظرية الظروف الطارئة تختلف عن فكرة التوازن المالي للعقد من حيث أن " التعويض تأسيسا على نظرية التوازن المالي للعقد يكون تعويضا كاملا عن جميع الأضرار التي تصيب المتعاقد . أما في حالة الظروف الطارئة فانه يكون مقصورا على معاونة ومساهمة في مقدار الضرر " .(١)

وعلى ذلك فان فكرة اعادة التوازن المالي لا تصلح لتبرير تعويض المتعاقد في حالة تطبيق نظرية الظروف الطارئة . والقول بغير ذلك يجعل التعويض في هذه الحالة وكأنه مؤسس فقط على مصلحة المتعاقد ، في حين أن هناك اعتبارات أخرى ، من أهمها أن هذا التعويض في معظم الحالات ماهو الا وسيلة لضمان استمرار تنفيذ العقد الاداري ، واستدامة سير المرفق العام الذي يخدمه. وحتى فكرة استمرار سير المرفق العام ، فانها يجب تحديدها بوضوح ، لأنه في بعض الحالات قد لا يكون من المناسب أن يؤسس عليها الحق في التعويض ، خاصة بالنسبة للتعويض اللاحق لانقضاء العقد .(٢)

ثالثا : فكرة سير المرفق العام بانتظام واطراد

"La continuité du service public"

هذه الفكرة هي الأكثر شيوعا ، حيث يرى العديد من رجال الفقه أن التعويض في حالة الظروف الطارئة ، انما يستند الى ضرورات سير المرافق

---

(١) حكمها السابق الاشارة اليه .

(٢) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 609.

العامة بانتظام دون انقطاع (١) . فالأصل أن المرافق العامة يجب أن تــؤدى خدماتها باستمرار ، فاذا ما طرأت ظروف غير متوقعة ترتب عليها قلب اقتصاديات العقد ، مما يؤثر على استدامة سير المرفق العام الذى يخدمه ، فعلى الادارة أن تهب الى معاونة المتعاقد للتغلب على تلك الظروف ، وضمانا لاستمــــرار المرفق فى أداء خدماته المعتادة دون توقف (٢) .

وهذا التفسير يستأثر بأهمية خاصة ، فهو يتفق مع الرأى الفقهى السائــد حول أهمية دور المرفق العام فى تنفيذ العقد الادارى ، ويتفق أيضا مـــع مايجمع عليه الفقهاء من أن أولى القواعد الأساسية التى تحكم سير جميع المرافق العامة ، هو ضرورة استدامة وانتظام سيرها دون توقف (٣) .

---

(١) يراجع على سبيل المثال :

- **G. Jèze**, contrats, t. 2, Op. Cit., p. 466 et s.;

G. Péquignot, Thèse précitée, p. 517 et s.; J.C.A., ancien, Fasc. 511, Op. Cit., nos. 415 et 417.;

A. De Laubadère, T.C.A., 1er éd., t. 3, Op. Cit., p. 74 et s.;

J.M. Rainaud, "Principe de continuité et contrat administratif", Op. Cit., p. 151 et s.;

G. Vedel, P. Delvolvé, "Droit administratif", Op. Cit., p. 359.

(٢) الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى ، العقود ، المرجـــع السابـــق ، ص ٣٨٩ و ص ٦٣٤ .

(٣) - **F. Llorens**, Thèse précitée, p. 288.

ومن جهة أخرى ، فان هذه الفكرة هى أكثر الأفكار ترديدا فى أحكام مجلس الدولة الفرنسى والمصرى المتعلقة بنظرية الظروف الطارئة .[(١)]

---

(١) انظر على سبيل المثال :

- C.E. 30 mars 1916, précité: ".. qu'il importe au contraire de rechercher, pour mettre fin à des difficultés temporaires, une solution qui tienne compte tout à la fois de l'intérêt général, lequel exige la continuation du service par la compagnie à l'aide de tous les moyens de production.:.".

وانظر أيضا :

- C.E. 28 novembre 1952, Sté Coopérative des ouvriers du batiment, Rec. p. 542: ".. La société requérante ne saurait réclamer le bénéfice de la théorie de l'imprévision, la quelle a seulement pour objet de permettre d'assurer la continuité de l'exécution du service public et par suite n'est pas applicable à un marché résilié".

ويراجع : حكم محكمة القضاء الادارى الصادر فى ٣٠ يونيه سنة ١٩٥٧ ، سبقت الاشارة اليه ، ومن أحكام المحكمة الادارية العليا : حكمها الصادر فى ١١ مايو سنة ١٩٦٨ ـ سبقت الاشارة اليه .
وحكمها الصادر فى ١٨ ديسمبر سنة ١٩٨٤ فى الطعن رقم ١٢٢٣ لسنة ٢٧ ق ـ سبقت الاشارة اليه ـ وأيضا حكمها الصادر فى ١٦ مايو سنة ١٩٨٧ فى الطعن رقم ٣٥٦٢ لسنة ٢٩ ق ـ غير منشور ـ سبقت الاشارة اليه . ويلاحظ أن الصيغة التى يجرى بها قضاء المحكمة =

ومع تسليمنا بأن فكرة استدامة سير المرفق العام تشغل مكانا أساسيا في نظرية العقد الادارى بصفة عامة ، وتشغل أيضا مكانا بارزا فيما يتعلق بالقواعد التى تحكم التزامات وحقوق المتعاقد مع الادارة بصفة خاصة .

ومع تسليمنا كذلك بأن هذه الفكرة هى التى استلهمها مجلس الدولة الفرنسى عند اقراره لنظرية الظروف الطارئة لأول مرة فى حكمه الشهير الصادر فى ٣٠ مارس سنة ١٩١٦ [١] . الا أننا نرى أن هذه الفكرة لا تصلح وحدها — فى جميع الحالات — لتأسيس حق التعويض فى نطاق نظرية الظروف الطارئة، خاصة بعد التطورات التى لحقت بتلك النظرية منذ أن خلقها مجلس الدولة الفرنسى . وهذا لا يعنى التقليل من شأن هذه الفكرة ، التى تؤدى دوراً أساسيا فى توضيح وتأويل وتفسير نظرية الظروف الطارئة وما يترتب عليها من نتائج قانونية .

ولكنها وان كانت ركنا أساسيا فى تلك النظرية ، الا أنها ليست مانعا من وجود اعتبارات أخرى لمنح التعويض على أساس آخر غير فكرة

= الادارية العليا فى هذا الصدد ، هى غالبا ما تكون على النحو التالى : " ... ومؤدى تطبيق هذه النظرية بعد توافر شروطها الزام جهة الادارة المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها فى احتمال نصيب من الخسارة التى أحاقت به طوال فترة الظرف الطارئ، وذلك ضمانا لتنفيذ العقد الادارى واستدامة لسير المرفق العام الذى يخدمه .. " .

(١) - C.E. Gaz de Bordeaux, précité.

استدامة سير المرفق العام .(١)

واذا كان مجلس الدولة الفرنسي قد أكد في حكم المبدأ في قضية " غاز بوردو " أن مقتضيات سير المرفق العام بانتظام واطراد هي التي تبرر منح المتعاقد تعويضا جزئيا في حالة قلب اقتصاديات العقد؛ واذا كان المستفاد من حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٥٢ في قضية "Sté coopérative des ouvriers et techniciens du bâtiment"(٢)

أن الغرض من نظرية الظروف الطارئة " هو فقط ضمان استدامة سير المرفق العام، ولهذا فان هذه النظرية غير قابلة للتطبيق على عقد تم فسخه"(٣)؛

---

(١) انظر في هذا المعنى :

- **A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé,** T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 563; **D. Labetoulle,** Concl. sur. C.E. 12 mars 1976, Département des Hautes-Pyrénées c. Sté Sofilia, A.J.D.A. 1976, p. 552: "Si la continuité de l'exécution du service public est bien le fondement essentiel de la théorie, il n'est pas exclusif d'autres préoccupations, qui en nuancent quelque peu la portée"; **H.G. Hubrecht,** Thèse précitée, p. 564 et s.; **F. Llorens,** Thèse précitée,p. 289: "En effet, la mise en œuvre de la théorie de l'imprévision, n'est pas toujours determinée par le souci d'assurer la continuité du service public".

(٢) المجموعة ص ٥٤٢ ـ سابق الاشارة اليه .

(٣) وفي نفس المعنى وفي صياغة مماثلة ، يراجع :

- C.E. 15 octobre 1958, Secrétaire d'Etat à la Guerre c/ De Maddalena, Rec. p. 949.

الا أن مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في ٢٧ يوليه سنة ١٩٥١ فـــي قضية "Commune de Montagnac" (١) قد أقر علـــى العكس من ذلك ، مبدأ الحق في التعويض تطبيقا لنظرية الظروف الطارئة، على الرغم من فوات مايقرب من اثنى عشر عاما على انقضاء عقد الالتزام . وهنا منطقيا لا يمكن الادعاء بأن التعويض يرجع الى فكرة استمرار سير المرفق العـــام (٢) . فهذه الفكرة تؤدي دورها تماما اذا قدم المتعاقد طلب التعويض اما لجهة الادارة أو لقاضي العقد، في ذات الفترة التي ينفذ فيها العقد . أما طلب التعويـــض اللاحق لنهاية العقد فانه لا يرتكز على فكرة استدامة سير المرفق العام . ولهذا فاننا نرى أنه من المغالاة محاولة اقحام فكرة استمرارية المرفق العام في هـــذا الفرض ، بمقولة أنه اذا كانت مسألة استمرارية المرفق غير ذات موضوع لتنفيـــذ العقد ، فليس أقل من أن هذه الاستمرارية قد تحققت في فترة سابقة ابـــان هذا التنفيذ، وهو مايطلق عليه البعض " الاستمرارية المرتدة للماضي" (٣) .

---

(١) المجموعة ص ٤٧٩ .

(٢) - **H.G. Hubrecht**, Thèse précitée, p. 566; **Labetoulle**, Conclusions précitées, A.J.D.A. 1976, p. 553; **Hachich**, Thèse précitée, p. 383; **F. Llorens**, Thèse précitée, p. 289; **B. Sablier**, Thèse précitée, p. 149.

(٣) يراجع في هذا الشأن :

- **A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé**, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 612.
- **J.M. Rainad**, Principe de continuité et contrat administratif, Op. Cit., p. 167.

وعلى ذلك فان ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في ١٢ مارس سنة ١٩٧٦ في قضية "Département des Hautes -Pyrénées c/Soc. Sofilia" (١) من امكانية السماح للمتعاقد بأن يقدم طلبا للتعويض استنادا لنظرية الظروف الطارئة ، في الفترة اللاحقة لانقضاء عقد الالتزام ـ وهو ما أقره المجلس سابقا في حكمه الصادر في ٢٧ يوليه سنة ١٩٥١ ـ يبرز أن نظرية الظروف الطارئة ليست مقصورة على تبرير استمرارية المرفق العام فقط ، وانما هناك اعتبارات أخرى لتبرير التعويض في هذه الحالة (٢) •

هذه الاعتبارات هي التي دعت الفقه الى البحث عن أساس تكميلي بجانب فكرة استمرارية المرفق العام ، يمكن أن يؤسس عليه حق التعويض في الحالات التي يكون فيها مبدأ استمرارية المرفق العام غير ذي موضوع (٣) •

---

(١) المجموعة ص ١٥٣ ـ سبقت الاشارة اليه •

(٢) - **J. Georgel**, J.C.A., Fasc. 512, Op. Cit., n°. 80: "Le requérant a été admis a formuler sa demand d'indemnisation postérieurement à l'expiration de sa concession, ce qui montre que la théorie de l'imprévision n'est pas exclusivement destinée a permettre d'assurer la continuité du service public".

(٣) يراجع في هذا الصدد :

- **H.G. Hubrecht**, Thèse précitée, p. 565; **F. Llorens**, Thèse précitée, p. 288 et s.; **Labetoulle**, Concl. précitées, A.J.D.A., 1976, p. 554.

ولهذا فان الرأى الراجح فى الفقه — من وجهة نظرنا — يذهب الى ارجاع التعويض فى حالة تطبيق نظرية الظروف الطارئة الى أساس مزدوج ، يتمثل فى ضرورات سير المرافق العامة والى قواعد العدالة (١) . فقواعد العدالة شأنها شأن فكرة استدامة سير المرفق العام ، تشغل مكانا هاما فى نظرية العقد الادارى ، وهى التى تفسر التزام الجهة الادارية بالمشاركة فى تحمل النتائج المترتبة على حالة الظرف الطارىء ، على الرغم من عدم مسئوليتها عن احداثه فى الغالب الأعم من الحالات . وحتى لو كان مرجع الظرف الطارىء الى عمل الادارة، فان مسئوليتها دون خطأ من جانبها .

ومن جهة أخرى ، فان تدخل الادارة لمساعدة المتعاقد معها ، ماهو الا تمكينا لاستمرار المرفق العام فى أداء رسالته المتعلقة أساسا بالمصلحة العامة، وذلك فى الحالات التى يتبين فيها أن تلك المساعدة موضع اعتبار لاستدامة سير المرفق العام .

ولقد أبرزت المحكمة الادارية العليا هذا الأساس المزدوج الذى يرتكز عليه التعويض فى حالة تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، وذلك فى حكمها الصادر

---

(١) يراجع على سبيل المثال :
الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى ، العقود، المرجع السابق ص ٦٣٤ .
الأستاذ الدكتور محمود حلمى ، العقد الادارى ، المرجع السابق ، ص ١٣٠ ، ١٣١ .
الدكتور محمد سعيد أمين ، رسالته السابق الاشارة اليها ، ص ٦٣٢ .
الدكتورة عزيزة الشريف ، نظرية العقد الادارى ، المرجع السابق ، ص ٢٤٤ .

وانظر أيضا فى الفقه الفرنسى :

- A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 609 et s.

فى ١٧ يونيه سنة ١٩٧٢ (١) حيث أكدت أن " نظرية الظروف الطارئة تقوم على فكرة العدالة المجردة التى هى قوام القانون الادارى ، كما أن هدفها تحقيق المصلحة العامة ، فرائد جهة الادارة هو كفالة حسن سير المرافق العامة باستمرار وانتظام " . ويرى أستاذنا الدكتور سليمان الطماوى أنه إذا كان المشرع المصرى

(١) سبقت الاشارة اليه – ويلاحظ دقة صياغة الحكم واشتماله على عنصرى الأساس المزدوج لتبرير مشاركة الادارة للمتعاقد معها فى النتائج المترتبة على قلب اقتصاديات العقد . وان كانت المحكمة الادارية العليا لم تلتزم هذه الصياغة فى أحكامها الصادرة بعد هذا الحكم . من ذلك حكمها الصادر فى ٢١ يناير سنة ١٩٨٤ فى الطعن رقم ٨٧٧ لسنة ٢٧ ق – غير منشور ، وقد جاء به أن " مقتضى تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة هو الزام جهة الادارة بمشاركة المتعاقد فى هذه الخسائر ضمانا لتنفيذ العقد الادارى تنفيذا سليما .... " . وأيضا حكمها الصادر فى ١٦ مايو سنة ١٩٨٧ فى الطعن رقم ٣٥٦٢ لسنة ٢٩ ق – سبقت الاشارة اليه – وقد جاء به أن " ... جهة الادارة المتعاقدة ملزمة بمشاركة المتعاقد معها فى تحمل نصيب من خسائره ضمانا لتنفيذ العقد على الوجه الذى يكفل حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد .... " . ويلاحظ أن المحكمة لم تشر فى هذين الحكمين لفكرة العدالة .. الا أن المحكمة الادارية العليا فى هذا الحكم الأخير ، وفى موضع آخر منه ، ذكرت أن التعويض الذى تلتزم به جهة الادارة " انما أساسه تحمل الجهة الادارية المتعاقدة لجزء من خسارة محققة وفادحة تندرج فى معنى الخسارة الجسيمة بغرض اعادة التوازن المالى للعقد بين طرفيه فى سبيل المصلحة العامة ". ونعتقد أن الاشارة الى اعادة التوازن المالى للعقد ، ماهو الا هفوة فى صياغة الحكم يتجاوز قصد المحكمة ، حيث سبق أن أشرنا الى أن اعادة هذا التوازن يقتضى التعويض الكامل فى حين أن التعويض وفقا لنظرية الظروف الطارئة ماهو الا تعويض جزئى ومؤقت .

قد أقر النظرية في نطاق عقود القانون الخاص ، غير ذات الصلة بالمرافق العامة ، اعمالا لقواعد العدالة ، ومنعا لاستغلال أحد الطرفين للمتعاقد الآخر، فان النظرية أولى بالتطبيق في نطاق القانون العام ، لوحدة العلة في الحالتين ، زيادة على الاعتبارات المستمدة من صلة العقد الاداري بالمرفق العام." (١)

واذا كان الأمر كذلك ، فاننا لا نتفق مع الاتجاه الذي يرمي الى انكار الدور الذي تؤديه فكرة استدامة سير المرفق العام ، كأحد عنصري الأساس المزدوج الذي يرجع اليه تعويض المتعاقد في نطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة. (٢)

---

(١) مؤلفه في العقود ، المرجع السابق ص ٦٣٤ .

(٢) من هذا الاتجاه :

- **A. Hachich,** Thèse précitée, p. 383 et s.: "Nous croyons ... que la loi de la continuité ... ne peut pas servir de fondement juridique à l'imprévision..".

ويلاحظ أن الأستاذ **"Llorens"** يرفض جميع الأفكار الشائعة التي قال بها الفقه بما فيها فكرة استدامة سير المرفق العام . ويرى أن الأساس الحقيقي للتعويض بناء على نظرية الظروف الطارئة ، هو ارادة القاضي . ويفسر ذلك بأن نظرية الظروف الطارئة ماهي الا نظرية من خلق القضاء ، وأن القاضي ليس ملزما بالخضوع لاعتبارات وضرورات المرفق العام ، كما أنه ليس ملزما بالتسليم بالنطاق الصارم لفكرة التوازن المالي . ومن جهة أخرى فان نظرية الظروف الطارئة يمكن أن تستعير كافة الآراء المقترحة لتبرير التعويض دون أن تخضع لاي منها . وقد سبق أن فصلنا هذه الآراء كل على حدة . ومن المغالاة القول بأن أساس التعويض هو ارادة القاضي ، حتى في نطاق الجمع بين كل الأسس المقترحة تحت هذا المسمى الذي لم يقل به أحد في الفقه .

كما لا نتفق بذات القدر مع الاتجاه الذى يرمى أيضا الى استبعاد فكـــــرة العدالة ، على اعتبار أن هذه الفكرة ــ وفقا لهذا الاتجاه ــ فكرة فضفاضة لا تصلح لتبرير النظام القانونى للعقد الادارى بصفة عامة [١] . ذلك أن فكرة استدامـــــة سير المرفق العام ، وان لم تكن الأساس الوحيد الذى يستند اليه منح التعويـــض الا أنها كانت ومازالت الهدف الأساسى لنظرية الظروف الطارئة ، وهى التى مـــن أجلها خلق مجلس الدولة الفرنسى هذه النظرية . وهى التى أيضا توضح النتائـــج القانونية المترتبة على حالة الظرف الطارىء ، وبصفة خاصة التزام المتعاقد بمتابعة تنفيذ العقد على الرغم من وجود الظرف الطارىء ، والتزام الادارة بأن تمنـــع وتتدارك تحول الظرف الطارىء الى قوة قاهرة عن طريق نجدتها للمتعاقد ومساعدته على مواجهة هذه الظروف ولو بصفة مؤقته وجزئية [٢] .

واذا كان الرأى الراجح فى الفقه ، قد اقترح بجانب هذه الفكرة ، اللجــوء لقواعد العدالة [٣] ، فما ذلك ــ من وجهة نظرنا ــ الا لمواجهة الحـــالات التى قد يثار فيها الشك حول الدور الذى تلعبه هذه الفكرة وبصفة خاصة فى حالة التسليم للمتعاقد بأن يقدم طلبا للتعويض بعد انقضاء العقد .

---

(١) من هذا الاتجاه :

- **J.M. Rainaud**, Article précité, R.D.P. 1985, p. 1193.

(٢) - **Waline**, Traité de droit administratif, Op. Cit., p. 622.

(٣) يراجع فى هذا الصدد بالاضافة الى ماسبق :

- **R. Drago**, "Paradoxes sur les contrats administratifs", in études offertes à J. Flour, 1979, p. 151 et s.; **G. Péquignot**, Thèse précitée, p. 518 et s.; Conclusions **D. Labetoulle**, sous C.E. 12 mars 1976, précitées, p.555.

ومن جهة أخرى فان قواعد العدالة تبدو أكثر تبريرا في القانون الاداري عنها في القانون المدني في نطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة على كل من عقـــود القانون العام والخاص • وذلك لانّها تبدو سلاحا ضد مجموعة الشروط الاستثنائيـة التي تفرضها الادارة على المتعاقد معها • (١).

وعلى الرغم من عدم التسليم بتلك النظرية في نطاق عقود القانون الخـاص في فرنسا ، الا أننا نجد هذا المعنى واضحا في تقرير المفوض "Latournerie" في قضية "Cie des scieries africaines" (٢) حيث ورد بـــه أنه " في العقود الادارية ، فان الدولة تخضع المتعاقد معها لنظام خـاص، لا يعرفه القانون الخاص • كما أن الطرف المتعاقد معها يقع تحت طائلة جـزاءات أكثر خطورة • فالمتعاقد يجب أن يحصل على التعويض الذي يسمح به القانـــون الاداري في نطاق نظرية الظروف الطارئة " •

---

(١) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 564, note no. 5.

(٢) - Concl. sous C.E. 9 mars 1928, précitées: "Dans les contrats administratifs, l'État soumet ses cocontractant à des servitudes spéciales que le droit civil ne connait pas ... Tenu de ces obligations sous peine des plus graves sanctions le cocontractant de l'État doit recevoir un compensation que le droit administratif lui accorde sous la forme de la théorie de l'imprévision".

المطلب الثالث

الأساس القانوني للتعويض عن الصعوبات المادية غير المتوقعة

لم يتفق الفقهاء حول أساس حق التعويض عن الصعوبات المادية غير المتوقعة ، التي قد يصادفها المتعاقد أثناء تنفيذ العقد • فالبعض يراه في النية المشتركة للطرفين المتعاقدين ،ويرجعه آخرون الى فكرة المسئولية ، ويتبنى البعض أفكارا مختلفة مثل فكرة التعاون التي تحكم العقود الادارية وفكرة العدالة التي يجب أن تهيمن على العلاقة بين الادارة والمتعاقدين معها • وينفرد آخر برد أساس التعويض الى ارادة القاضي • وسنتناول على التوالي هذه الأفكار المختلفة والانتقادات التي وجهت اليها ، وصولا الى الرأى الراجح في الفقه •

أولا : النية المشتركة للطرفين المتعاقدين :

"La commune intention des parties".

يرجع الفقيه " جيز " الأساس القانوني لحق التعويض تطبيقا لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة الى مبدأ تنفيذ العقود بحسن نية من جهة ، ومن جهة أخرى فان النية المشتركة للطرفين المتعاقدين عند ابرام العقد ، قد انصرفت الى تطبيق أسعار خاصة بالنسبة للصعوبات المادية غير المتوقعة (١) •

---

(١) - **G. Jèze,** Contrats, 2e partie, Op. Cit., p. 691: "Le fondement juridique du droit de l'entrepreneur à un prix spécial est le principe que les marchés de travaux publics doivent être exécutés de bonne foi, de part et d'autre. La commune intention des parties, lors de la passation du marché, a été d'appliquer, aux sujétions imprévues, des prix spéciaux".

ولقد تابعه في الفقه المصري الأستاذ الدكتور محمود حلمي، حيث يرى أن " أساس التعويض عن هذه الصعوبات هو النية المشتركة للمتعاقدين ، ذلك أن السعر المتفق عليه في العقد يقصد به مواجهة التنفيذ في ظروف عادية ، أما الصعوبات غير المتوقعة والتي لم تخطر ببال الطرفين ، فيفترض أنهما قصدا أن يقدر ما يقابلها بطريقة خاصة " (١) .

وهذا الاتجاه الفقهي لم يكن بمعزل عن القضاء ، فلقد أقر مجلس الدولة الفرنسي هذا التبرير المستخلص من فكرة النية المشتركة للمتعاقدين ، وذلك في بعض أحكامه المتعلقة بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة . (٢)

ولقد أشارت محكمة القضاء الاداري المصرية الى فكرة النية المشتركة للطرفين المتعاقدين ، وذلك في حكمها الصادر في ٢٠ يناير سنة ١٩٥٧، وان كانت لم ترجع التعويض الى هذه الفكرة وحدها (٣) .

---

(١) العقد الاداري ، المرجع السابق ص ١٢٦.

(٢) انظر على سبيل المثال :

- C.E. 5 juillet 1929, Yaher, Rec. p. 676: "Ledit prix ne devait dans la commune intention des parties s'appliquer qu'aux natures de terrains en vue des quelles il avait été établi. Le sieur Y... s'est trouvé en présence d'une situation absolument différente de celle qui avait été envisagée lors de l'adjudication".

(٣) سبقت الاشارة اليه ، وقد جاء بهذا الحكم : " ومن حيث أن المدعي يؤسس طلب التعويض في هذه الحالة على النظرية المعروفة بنظرية " الصعوبات غير المتوقعة " .. ومقتضاها أنه عند تنفيذ العقود الادارية ، وبخاصة عقود الأشغال العامة ، قد تطرأ صعوبات مادية استثنائية لم تدخل في حساب طرفي العقد وتقديرهما عند التعاقد ، وتجعل التنفيذ أشد وطأة على المتعاقد مع الادارة وأكثر كلفة، فيجب — من باب العدالة — تعويضه عن ذلك بزيادة الأسعار المتفق عليها =

الا أن تأسيس حق التعويض استنادا لفكرة النية المشتركة للمتعاقدين ، أمر منتقد في الفقه • فالأستاذ الدكتور سليمان الطماوى يرى أن هذا التبرير يعد تعسفيا في كثير من الحالات ، ويشير الى أن مجلس الدولة الفرنسي يطبق النظرية رغم احتواء العقد على شرط صريح باستبعادها (١) .

وينتقد الأستاذ " دى لوبادير " محاولة ارجاع التعويض للنية المشتركة، ويرى أن الصعوبات غير المتوقعة التي تجاوز التوقع المشترك للأطراف (La commune prévision) لا تعنى بالضرورة النية المشتركة لهم (La commune intention) في أن هذه الصعوبات تمنح بطريقة آلية للمتعاقد الحق في التعويض • وأن هذا الأساس يبدو تحكميا ، لأن القضاء سلم بتطبيق النظرية مع أن شروط العقد قد حددت السعر مهما كانت الصعوبات أو طبيعة التربة التي يواجهها المتعاقد أثناء التنفيذ • (٢)

= في العقد زيادة تغطى جميع الأعباء والتكاليف التي تحملها اعتبارا بأن الأسعار المتفق عليها في العقد لا تسرى الا على الأعمال العادية المتوقعة فقط ، وأن هذه هي نية الطرفين المشتركة ••• " •
ويراجع في نفس المعنى وذات الصياغة : فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشارى للفتوى والتشريع بمجلس الدولة ، رقم ٩٥ في ١٩٦٤/٢/٤ — سبقت الاشارة اليها •

(١) مؤلفه في العقود ، المرجع السابق ص ٦٥٢ •

(٢) مطوله في العقود ، الطبعة الأولى ، الجزء الثالث ، ص ١٣ ، الطبعة الثانية ، الجزء الثاني ص ٥٠٥ •

ويرى الأستاذ "Bénoit" أنه اذا كان هذا الأساس المبني على النية المشتركة للطرفين ، مقبولا عند ظهور نظرية الصعوبات المادية فان ذلك يرجع الى أن القضاء قد سجل ماكان يجري عليه العمل بين الادارة والمتعاقدين معها . الا أنه في الوقت الحاضر فان هذه الفكرة لا تكفي لتبرير التعويض عن الصعوبات المادية غير المتوقعة ، حيث أصبح التعويض عنصرا في النظام القانوني للعقود ، يطبق في حالة سكوت العقد ، وأيضا في حالة اشتراط التنفيذ مهما كانت الصعوبات .

وترتيبا على ذلك فان التعويض يفقد أي أساس اتفاقي منذ البداية، ونظرا لاعتباره عنصرا من النظام القانوني للعقود ، وله صفة الالزام فان البحث عن أساس التعويض لا يكون في الارادة المشتركة للطرفين .(١)

وعلى ذلك فان النية المشتركة لا تصلح لتبرير حق المتعاقد في الحصول على تعويض في نطاق تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.(٢)

---

(١) - F.P. Bénoit, "Droit administratif", Op. Cit., p. 624.

(٢) يراجع في هذا الصدد :

الأستاذ الدكتور أنور رسلان ، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، مذكراته السابق الاشارة اليها ، ص ٩ . حيث يتساءل : " كيف نقرر تعويضا بناء على نية مشتركة يؤدي افتراض توافرها ، الى عدم قيام الحق في الحصول على هذا التعويض ؟ " .

- F. Llorens, Thèse précitée, p. 300 et s.
- B. Sablier, Thèse précitée, p. 55 et s.
- J. Catz, Thèse précitée, p. 97 et s.
- A. Maral, Thèse précitée, p. 38 et s.

ثانيا : فكرة المسئولية "L'idée de responsabilité"

يرى الأستاذ " بيكيو " (١) أن أساس التعويض عن الصعوبات المادية غير المتوقعة انما يكمن في فكرة المسئولية • حيث يرى وجود قرابة أو صلة بين الصعوبات غير المتوقعة وعمل أو خطأ الادارة •

أى أن أساس التعويض قد يكون المسئولية التقصيرية للادارة أو عمل الأمير كاحدى حالات المسئولية التعاقدية دون خطأ • الا أن رد أساس التعويض في هذه الحالة الى فكرة المسئولية أمر منتقد في الفقه • فهذا الرأى لا يتفق مع واقع أن الصعوبات المادية يجب أن تكون أجنبية عن ارادة طرفي العقد (٢) •

فنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة تفترض أنها وليدة ظروف خارجة عن ارادة المتعاقد والادارة• وهذا لا يعني بطبيعة الحال أن الصعوبات الناتجة عن تدخلات الجهة الادارية لا يعوضها ، وانما فقط لا تكون في مجال تطبيق نظرية الصعوبات ولكن في نطاق نظرية عمل الأمير اذا توافرت شروط تطبيقها ، أو قواعد المسئولية التقصيرية بحسب الأحوال • (٣)

---

(١) - G. Péquignot, J.C.A., ancien, Fasc. 515, n°. 108.

(٢) الأستاذ الدكتور أنور رسلان ، مذكراته السابق الاشارة اليها، ص ١٠ :
" •• لو أمكن القول بقيام الحق في التعويض في حالة الصعوبات غير المتوقعة على أساس المسئولية ، لما احتاج الأمر الى ابتداع نظرية جديدة ، ولاكتفى القضاء بتطبيق قواعد المسئولية دون أن يكلف نفسه هذا العناء " •

(٣) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 507.

وكما سبق أن ذكرنا فان معظم تطبيقات نظرية الصعوبات ترجع الى ظواهر طبيعية ، وقد تكون من فعل انسان أجنبي عن العقد، وفي الحالتين لا يمكن تأسيس التعويض على فكرة المسئولية (١) .

ثالثا : فكرة التعاون بين الادارة والمتعاقد معها :

"L'idée de la collaboration"

يذهب الأستاذ " بنوا " الى أن الحق في التعويض انما يجد أساسه في الفكرة الأساسية للعقود الادارية ، والتي تتمثل في التعاون بين الادارة والمتعاقد معها . ففي حالة مواجهة المتعاقد لصعوبات استثنائية غير متوقعة أثناء التنفيذ ، فان هذا التعاون يجب أن يستمر وألا ينقطع ، ويجب على المتعاقد أن يبذل جهده ، كما يجب على الادارة أن تعاونه بدفع قيمة كل الأعمال التي قام بها . ويشير الأستاذ " بنوا " الى أنه فضلا عن ذلك ، فان القضاء المتعلق بتعويض المتعاقد في حالة الصعوبات المادية غير المتوقعة يقوم على أساس اقتصادي سليم . ويفسر ذلك بأنه حيث يفرض على المتعاقد التنفيذ على الرغم من وجود هذه الصعوبات التي لم يكن في الوسع توقعها ، فانه من الأفضل للادارة أن تدفع ثمن العمل الاضافي الذي يتكبده المتعاقد لمواجهة هذه الصعوبات ، أما اذا امتنعت الادارة عن تحمل هذه النفقات ، فان المتعاقد سيلجأ الى جمع هذه الأثمان واستخلاصها لحماية نفسه من خطر الصعوبات غير المتوقعة ، الأمر الذي يؤدي في النهاية الى أن تدفع الادارة نوعا من قسط التأمين على جميع العقود التي تبرمها . وينتهي في تبريره هذا ، الى أنه من الأفضل للادارة أن تدفع التعويضات عن الصعوبات غير المتوقعة عندما تقع فعلا ، بدلا من أن تدفع قسط تأمين ضد الصعوبات المحتملة بالنسبة

(١) - C. Emeri, Thèse précitée, p. 199.

لكل العقود التي تبرمها . (١)

ومع تقديرنا لرأى الأستاذ " بنوا " الا أنه لا يرقى لتبرير حق المتعاقد فى الحصول على التعويض فى نطاق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة. فمن جهة أولى فان فكرة التعاون فكرة فضفاضة وغير محددة ، يمكن أن تفسر تقرير التعويض ولكن لا يمكن أن تبرره . (٢)

وعلى حد تعبير محكمة القضاء الادارى المصرية فان " الحق الخالص فى شأن العلاقة بين جهة الادارة والمتعاقد معها ، أن تنظر اليها جهة الادارة من زاوية تراعى فيها كثيرا من الاعتبارات الخاصة التي تسمو على مجرد الحرص على تحقيق الوفر المالى للدولة ... وأن ينظر اليها المتعاقد مع الادارة على أنها مساهمة اختيارية منه ومعاونة في سبيل المصلحة العامة .... وهذا وذاك يقتضى من الطرفين قيام نوع من الثقة المتبادلة بينهما وحسن النية

---

(١) مؤلفه فى القانون الادارى ، المرجع السابق ، ص ٦٢٥ ، حيث يقول :

"L'indemnisation des sujétions imprévues s'explique par l'idée de base des contrats administratifs, de la collaboration entre l'Administration et son cocontractant...".

وفى موضع آخر يقول :

"On remarquera que cette jurisprudence repose d'ailleurs sur un fondement économique parfaitement sain ...".

(٢) الأستاذ الدكتور أنور رسلان ، مذكراته السابق الاشارة اليها ، ص ١١ .

والتعاضد والتساند والمشاركة فى وجهات النظر المختلفة للتغلب على مايعترض تنفيذ العقد من صعوبات وما يصادفه من عقبات[1] ... " • ففكرة التعاون وان كانت عنصرا أساسيا فى النظام القانونى للعقود الادارية ، الا أنها أساس عام لا يكفى لتبرير حق المتعاقد فى الحصول على تعويض عند مواجهته لصعوبات غير متوقعة أثناء تنفيذ العقد • أما فيما يتعلق بالشق الثانى من رأى الأستاذ " بنوا " ، فهو يندرج فى المبررات التى من أجلها خلق مجلس الدولة الفرنسى النظريات التى تواجه عوائق تنفيذ العقد الادارى بصفة عامة[2] ، ويبقى بعد ذلك البحث عن الأساس القانونى لمنح التعويض فى كل نظرية من هذه النظريات على حدة •

---

(١) حكمها الصادر فى ٣٠ يونيه سنة ١٩٥٧ ـ سبقت الاشارة اليه •

(٢) ولقد أبرزت محكمة القضاء الادارى فى حكمها المطول الصادر فى ٣٠ يونيه سنة ١٩٥٧ ـ السابق الاشارة اليه ـ جانبا من هذه المبررات، حيث تقول : " ليس من العدل والانصاف وحسن النية فى المعاملات أن يترك مثل هذا المتعاقد فريسة لظروف سيئة لا دخل له فيها وبدون أى تعويض استنادا الى نصوص العقد الحرفية ، ولمجرد الحرص على تحقيق الوفر المالى والرغبة الملحة فى الحصول على المهمات والادوات أو انجاز الأعمال المطلوبة بأرخص الأسعار ، لأن معنى ذلك استباحة نهبه وتدميره وتضحيته وهو أمر ـ الى جانب مجافاته للعدالة ـ فانه لا يتفق والمصلحة العامة ، اذ ينتهى الأمر الى احدى نتيجتين : اما الى خروج المقاولين أو متعهدى التوريد الأمناء الأكفاء من سوق التعامل مع الدولة ، أو انصرافهم عن الاشتراك فى المناقصات مستقبلا ، فيتلقف الزمام غير الأكفاء وغير الأمناء ، وتقع المنازعات والاشكالات التى تنتهى الى تعطيل المرافق العامة ، وبخاصة بالنسبة للأعمال الانتاجية والاقتصادية والعمرانية الضخمة ذات الأهمية الخاصة ، وبما تتطلبه من كمال فنى ودراسات وأبحاث وتجارب لا تتوافر الا فى طائفة معينة من الشركات الكبرى ، بما لها من امكانيات فنية ومالية وادارية وما تملكه من آلات وأدوات خاصة •• واما أن يعمد هؤلاء الى تأمين أنفسهم بأن يحتسبوا من ضمن أسعار التكلفة ، وبالتالى من ضمن =

رابعا : اعتبارات العدالة والطبيعة الذاتية للعقود الادارية :

يذهب الأستاذ " دى لوبادير " الى أن الأساس الذى تقوم عليه نظريـة الصعوبات المادية غير المتوقعة انما يكمن فى اعتبارات العدالة والطبيعة الذاتيـة للعقود الادارية . فقضاء مجلس الدولة الفرنسى قد قرر حق التعويض للمتعاقـد عند مواجهته لصعوبات مادية غير متوقعة على أساس العدالة وبطريقة بريتوريـة ، فى اطار ما تتطلبه العقود الادارية من تساند وتعاون بين الطرفين المتعاقديـن . وينتهى الى أن التعويض حق للمتعاقد معترف به من القضاء ، الأمر الذى يعـد مخالفة واضحة لمبدأ ثبات السعر التعاقدى المتفق عليه عند ابرام العقد من جهة، ومن جهة أخرى فانه من غير المفيد تأسيس الحق فى التعويض على أفكار مثـل النية المشتركة للمتعاقدين أو المسئولية . (١)

= أسعار عطاءاتهم ، مبلغا للاحتياط ضد تلك المضار والأخطار المحتملـة، وتكون النتيجـة زيادة عامة فى الأسعار التى تتم بطريق المناقصـة ، مما يفوت على جهة الادارة غرضها فى الحصول على أصلح الأيدى العاملـة بأفضل الأسعار وأنسبها ، وهذه كلها نتائج يجب تفادى الأسبـاب المؤدية اليها لأنها لا تتفق والمصلحة العامة ... » .

(١) مطوله فى العقود ، الطبعة الأولى ، الجزء الثالث ، المرجع السابـق ، ص ١٣ ، ١٤ ، حيث يقول :

"A notre avis le droit du cocontractant à une indemnisation au cas de sujétion exceptionnelle constitue une règle d'équité créée de manière prétorienne par la jurisprudence en fonction de certaines conditions et de certains caractères propres aux contrats administratifs".

وهذا هو الرأى الذى رجحه الفقيه فالين (١) ، والأستاذ الدكتور سليمان الطماوى (٢) ، وعدد من رجال الفقــه الفرنسى والمصرى (٣) .

ونحن من جانبنا نميل إلى الأخذ بالرأى الراجح فى الفقه ، والــــذى يؤسس حق التعويض عن الصعوبات المادية غير المتوقعة على اعتبارات العدالــة والطبيعة الذاتية للعقود الاداريــة ، وذلك للاعتبارات التالية :

١ ـ انه ليس من العدالة فى شىء أن يترك المتعاقد وشأنه عنــــد مواجهته لصعوبات غير عادية واستثنائية ، لم يكن فى الوسع توقعها عنــــد التعاقد • وليس من العدالة أيضا أن تلتزم الادارة بنصوص العقد الحرفيـــة وبالأسعار المتفق عليها ، على الرغم من أن النفقات التى تكبدها المتعاقـــد تجـــــاوزت ماكان متفقا عليه ، من جراء ظهور صعوبات استثنائية أثنـاء التنفيذ ، لا دخل للمتعاقد فيها • وكما يلاحظ ـ و بحق ـ الأستـــاذ "J. Catz" فان تقرير حق التعويض يرتكز بصفة أساسية على مواجهـة النتائج غير العادلة التى تترتب على هذه الصعوبات ، وهو ما يستفاد مـــن قضاء مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الصدد (٤) •

---

(١) - M. Waline, Article précité, R.D.P., 1951, p. 27 et s.

(٢) العقود ، المرجع السابق ، ص ٦٥٢ •

(٣) انظر على سبيل المثال :

- B. Sablier, Thèse précitée, p. 55.
- J. Catz, Thèse précitée, p. 97.

الأستاذ الدكتور أنور رسلان مذكراته السابق الاشارة اليها ، ص ١٣ •

الدكتور محمد سعيد أمين ، رسالته السابق الاشارة اليها ، ص ٦٦٣ •

(٤) - J. Catz, Thèse précitée, p. 98.

٢ ــ طبقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسي فان للمتعاقد الحق في الحصول على التعويض حتى ولو تم النص صراحة في العقد على تحمل المتعاقد مخاطر التنفيذ أيا كانت الصعوبات التي يصادفها أثناء تنفيذ العقد.(١) حيث يفسر مجلس الدولة الفرنسي مثل تلك الشروط على أنها تعني الصعوبات العادية فقط وليست الصعوبات الاستثنائية(٢) • وان كان يتشدد في تقدير ذلك، الا أن هذا القضاء لا يمكن تفسيره الا في اطار ما تقتضيه اعتبارات العدالة.(٣)

---

(١) انظر على سبيل المثال :

- C.E. 21 juillet 1970, Département des Hautes-Alpes c/Société savoyarde d'entreprise, Rec. p. 533; 24 février 1971, Commune de Malesherbe, Rec. p. 162; 13 octobre 1978, Département de la Vendée, Rec. p. 871; 12 mai 1982, Sté des autoroutes Paris-Rhin-Rhône, Rec. p. 175, précité.

(٢) - **Y. Desmurs-Mosset,** Article précité, Mon. T.P. 5 déc. 1977, p. 97.

(٣) - **B. Sablier,** Thèse précitée, p. 56.

٣ ـ ان العلاقة الوثيقة بين العقود الادارية والمرافق العامة، أضفت على طبيعة هذه النوعية من العقود ذاتية خاصة ، وبحيث أصبح المتعاقد مع الادارة، معاونا ومساعدا لها في تسيير تلك المرافق • وكما يلاحظ الأستاذ "دى لوبادير"فان قاعدة العدالة ترتكز على هذا الاطارالذي يحدد طبيعة العلاقة الحالية بين الدولة والمتعاقد معها •(١)

ولهذا فان التعويض فى نطاق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة اذا كان وليد اعتبارات العدالة ، فانه وثيق الصلة بالطبيعة الذاتية للعقود الادارية•

الا أن الأستاذ "F. Llorens" يبدو أنه لا يميل الى هذا التفسير حيث يرى ـ منتقدا رأى الأستاذ دى لوبادير ـ أن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ليست خاصة بالعقود الادارية ، وأن الدليل على ذلك أن القضاء العادى قد طبق هذه النظرية فى العديد من الحالات(٢) • ثم يقرر أن هذه هى احدى المظاهر الأكثر ندرة وغرابة لتدخل القاضى فى تنفيذ عقود المقاولة• واذا كان المعتاد أن القاضي يعتبر الأسعار المتفق عليها في مثل هذه العقود،

---

(١) مطوله في العقود ، الطبعة الأولى ، الجزء الثالث ، المرجع السابق ، ص ١٣ و ١٤ •

(٢) رسالته السابق الاشارة اليها، ص ٣٠٠، حيث يقول :

"Contrairement à l'opinion de **M. De Laubadère**, elle ne résulte pas de certains caractères propres aux contrats administratifs. La preuve en est que la jurisprudence judiciare fournit plusieurs exemples de son application".

غير قابلة للتعديل الا في الحالات التي ينص فيها صراحة على ذلك ، الا أنـــــه في حالات عديدة فان المحاكم الابتدائية ومحكمة النقض نفسها قد أقرت للمقــــاول في عقد المقاولة زيادة السعر المحدد في العقد، لتعويض نفقات مواجهة الصعوبات الاستثنائية التي صادفها أثناء التنفيذ . (١)

ولقد رتب الأستاذ "F. Llorens" على وجود تطبيقات لنظريــــة الصعوبات المادية غير المتوقعة في القضاء العادى الفرنسي، أن هذه النظريــــة ليست خاصة بالعقود الادارية . وبالتالي ليست وليدة الطبيعة الذاتية لتلــك العقود. وانتهى الى أن أساس حق التعويض في نطاق تطبيق تلك النظريـــــة،

---

(١) وقد أشار الأستاذ "F. Llorens" الى عدد من الأحكام الصـادرة من القضاء العادى الفرنسي في هذا الصدد ، وذكر أن أولى هــــــذه الأحكام هو حكم محكمـــة النقض الفرنسيـــة الصادر في ١٨ ديسمبــــر سنة ١٨٦٦ (منشور في مجموعة دالوز سنة ١٨٦٧ ــ الجــــزء الأول ص ٤٢٧ ومابعدها) .

وقد جاء بهذا الحكم :

"... attendu que l'arrêt attaqué déclare que si le régalage des terres est ordinairement compris dans le terrassement, il n'en est pas ainsi en l'absence de stipulations spéciales lorsque ce travail rencontre, ainsi que cela est arrivé en l'espèce, des difficultés exceptionnelles".

ــ ويراجع لمزيد من التفاصيل ، رسالته السابق الاشارة اليها ، ص ٣٠٠ ومـا بعدها.

انما مرده الى ارادة القاضي ، سواء في مجال تطبيقها في نطاق العقود الاداريـــة أو المدنية ، حيث أن البواعث التي من أجلها طبق مجلس الدولة الفرنسي هـــذه النظرية ليست غريبة على القاضي المدني .(١)

الا أننا لا نتفق مع ماذهب اليه الأستاذ "F. Llorens" ونؤيد الـرأى الراجح في الفقه الذي يعتبر هذه النظرية القضائية وليدة اعتبارات العدالـــة والطبيعة الذاتية للعقود الادارية . فمن جهة فان نظرية الصعوبات المادية غيـر المتوقعة من خلق مجلس الدولة الفرنسي منذ حوالي منتصف القرن التاسع عشـر ، مستندا في ذلك الى التفسير الواسع لنص المادة ٢٨ من كراسة الشروط والمواصفات العامة ، التي كانت تقرر التعويض عن الهلاك أو الأضرار الناتجة عن القـــوة القاهرة(٢) .

ثم غدت النظرية قائمة بذاتها ووضحت معالمها وشروط تطبيقها من خـــلال أحكام مجلس الدولة الفرنسي غير المقيد بنصوص تشريعية ؛ على العكس مـــن القضاء المدني المقيد بنصوص لا يملك الا التقيد بها ، وليس من بين هـــذه النصوص ما يتيح الأخذ بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة بذات الكيفيـــة التي تطبق بها في مجال العقود الادارية . وقياسا على نظرية الظروف الطارئـــة ، والتي لم يأخذ بها القضاء المصري في ظل القانون المدني القديم والقضاء الفرنسـي حتى الآن ، لعدم وجود النص التشريعي (٣) ، فان القاضي المدني لا يملـك

---

(١) رسالته السابق الاشارة اليها ، ص ٣٠٢ .

(٢) - M. Waline, Article précité , R.D.P. 1951, p. 28.

(٣) يراجع حكم محكمة النقض المصرية الصادر في ١٤ يناير سنة ١٩٣٢ ـ سبقت الاشارة اليه ـ حيث تقول : " ومن حيث انه وان كانت هذه النظريـــة (الظروف الطارئة) تقوم على أساس من العدل والعفو والاحسان ، الا أنه لا يصح لهذه المحكمـــة أن تستبق الشارع الى ابتداعها " .

الا التقيد بالمبدأ الذى يقرر أن" العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون ". (١)

وترتيبا على ذلك ، فانه اذا كان مجلس الدولة الفرنسى قد خالف مبدأ ثبات السعر المتفق عليه فى العقد ، عند تسليمه بحق المتعاقد فى الحصول على تعويض عند مواجهته لصعوبات مادية غير متوقعة، نزولا على اعتبارات العدالة وبطريقة بريتورية واضعا نصب عينيه الطبيعة الذاتية للعقود الادارية، فان القاضى المدنى لا يتمتع بتلك الحرية والمرونة بدعوى أن هذا الحل تقتضيه أيضا قواعد العدالة ، " فالعدالة تكمل ارادة المتعاقدين ولكن لا تنسخها ". (٢)

ومن جهة أخرى ، فان الأستاذ "F. Llorens" على الرغم مما ذهب اليه من وجود بعض التطبيقات لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة فى القضاء المدنى الفرنسى ، فانه قد أقر بأن الحلول القضائية التى أخذ بها هذا القضاء تختلف عن القواعد التى وضعها مجلس الدولة الفرنسى، والمبادىء التى استقر عليها قضاؤه فى هذا الصدد من عدة وجوه . فمن ناحية أولى فان

---

(١) نص الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ من القانون المدنى الجديد . ويراجع نص المادة ١١٣٤ من القانون المدنى الفرنسى .

(٢) الوسيط للأستاذ الدكتور السنهورى ، الجزء الأول ، المرجع السابق ص ٦٢٥ .

وانظر فى نفس المعنى :

- A. Weill, F. Terré, Droit civil, les obligations, Op. Cit., p. 56.

المحاكم القضائية لم تلجأ فى قضائها المتعلق بمراجعة الأسعار، الى مجرد فكـــرة عدم امكان توقع الصعوبات ، وانما بررت قضائها باللجوء لفكرة الغلط فى جوهـــر الشيء . كما أنها قد ميزت بين المخاطر العادية التى يمكن أن يتعرض لهـــا أي متعاقد وبين الغلط الذى يقع على أحد العناصر الأساسية للعقد . (١)

ومن جهة ثانية فان المحاكم القضائية قد اعتبرت الشروط التى ترد فى بعض العقود، والتى تحمل المتعاقد مخاطر التنفيذ أيا كانت طبيعة الأرض أو الصعوبات التى يصادفها أثناء التنفيذ ، مانعة من طلب التعويض ، وذلك على العكس مـــن اتجاه مجلس الدولة الفرنسي فى هذا الصدد . ومن جهة ثالثة فانه فى حالـــة ما اذا تضمن العقد تحديدا لكمية الأعمال المطلوبة وتحديدا اجماليا للثمن الـــذى يقابلها ، فان مجلس الدولة الفرنسي يشترط لامكان تعويض المتعاقد أن يكـــون من شأن الصعوبات التى صادفها المتعاقد ، الاخلال باقتصاديات العقد، الأمر الذى لم تتطلبه المحاكم القضائية . (٢)

---

(١) - F. Llorens, Thèse précitée, p. 301: "Les tribunaux judiciaires ne fondent pas en effet leurs décisions de révision des prix sur le seul caractère imprévu des sujétions. Ils les justifient par le recours à la notion d'erreur sur la substances. Ils distinguent ainsi ce qui relève du simple aléa commun à tous les contrats de la méprise sur l'un des éléments essentiels de l'accord ...".

(٢) يراجع فى التفاصيل رسالة الأستاذ "F. Llorens" ، السابـق الاشارة اليها، والأحكام التى ذكرها ص ٣٠٠ ومابعدها.

واذا كان لنا أن نعقب على هذه المقارنة التى قدمها الأستاذ "F. Llorens" فان الذى يسترعى الانتباه هو ذلك الفارق الجوهرى بين نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة التى ابتكرها القضاء الادارى وبين ماطبقته المحاكم القضائية في هذا الصدد • فتلك النظرية لا شأن لها بفكرة الغلط في جوهر الشيء "L'erreur sur la substance" الذى يعيب الارادة وفقا للمعيار الذاتى الذى أخذ به الفقه والقضاء فى فرنسا ومصر (١) •

كما أن هذه الفكرة ليست مماثلة لمفهوم عدم امكان التوقع الذى يعتبر شرطا أساسيا لوضع نظرية الصعوبات المادية موضع التطبيق (٢) •

وحتى على افتراض أن ماطبقته المحاكم القضائية في فرنسا ، هو نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، فان هذه المحاولة القضائية من القضاء المدنى لمخالفة مبدأ ثبات السعر المتفق عليه في العقد ، محاولة منتقده لعدم وجود نص ، مهما كانت البواعث التى دفعت القضاء الى هذه المحاولة • ويحق لنا

---

(١) يراجع في شأن فكرة الغلط كأحد عيوب الارادة وأثرها على العقد :
الأستاذ الدكتور عبدالرزاق السنهورى ، الوسيط ، الجزء الأول ، المرجع السابق ص ٢٨٩ ومابعدها •

- A. Weill, F. Terré, Droit civil, Op. Cit. p. 168 et s.

(٢) وانظر على العكس من ذلك ، ماذهب اليه الأستاذ "F. Llorens" من تماثل هاتين الفكرتين ، حيث يقول :

"... L'erreur sur la substance est en tout point assimlable à une impossibilité de prévision des parties ..." (Thèse précitée, p. 301).

أن نتساءل في هذه الحالة، كيف يمكن أن نفسر تطبيق القضاء المدني الفرنسي لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ـ على فرض أن هذه النظرية هي التي طبقت في الأحكام التي أشار اليها الأستاذ "F. Llorens" ـ وما يترتب عليها من تعويض المتعاقد تعويضا كاملا ، ورفض هذا القضاء تطبيق نظرية الظروف الطارئة لرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ، رغم أن الحكمة واحدة في الحالتين ؟ .. ومما له دلالته في هذا الصدد أن جميع الأحكام التي استشهد بها الأستاذ "F. Llorens" صدرت مابين عام ١٨٦٦ وعام ١٨٧٥ وأنه لا توجد أية تطبيقات قضائية ـ بإقراره ـ لهذا القضاء منذ ذلك التاريخ (١) .

لكل ماسبق فاننا نرى أن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة كانت ومازالت ، احدى النظريات الخاصة بالعقود الادارية ، وأن هذه النظرية وثيقة الصلة بالطبيعة الذاتية لهذه العقود . وأن مجلس الدولة الفرنسي حين قرر حق المتعاقد في الحصول على تعويض عند مواجهته لصعوبات مادية غير متوقعة، انما أقام قضاءه على أساس العدالة وبطريقة بريتورية في اطار ما تتطلبه الطبيعة الذاتية للعقود الادارية من تعاون بين الادارة والمتعاقد معها ، رائده في ذلك الصالح العام .

---

(١) رسالته السابق الاشارة اليها ، ص ٣٠٢ .

المبحث الثاني

كيفية تحديد التعويض ومـــــداه

اذا ما توافرت شروط تطبيق أي من النظريات الثلاث ، فان للمتعاقد المضار الحق في الحصول على تعويض.هذا التعويض يكون تعويضا كاملا في حالة التسليم بقيام نظرية عمل الأمير ، أو الصعوبات المادية غير المتوقعة، ويكون تعويضـــــا جزئيا في حالة الظروف الطارئة .

فما هي العناصر التي يتم بناء عليها تحديد قيمة التعويض الكامل ؟ . وما هي القواعد التي التزمها القضاء الاداري للحكم بالتعويض الجزئي في حالة الظـــــروف الطارئة ؟ .

ومن جهة أخرى ، قد يحدث أن تضمن الادارة عقودها مع الأفراد شروطـــــا متنوعة بخصوص مواجهة عوائق تنفيذ العقد التي قد تطرأ أثناء التنفيذ.ويثـــــار التساؤل حول مدى شرعية بعض هذه الشروط ، وبخاصة تلك الشروط التي تؤ دي الى استبعاد المسئولية ؟ . وما تأثير تلك الشروط والاتفاقات على حق المتعاقـــد في الحصول على التعويض ؟ وكيف يمكن تقدير التعويض في ظل هذه الشـــروط والاتفاقات ؟ .

وبناء على ذلك سنتناول هذا المبحث في المطالب الثلاث التالية :

المطلب الأول : مبدأ التعويض الكامل في نطاق نظريتي عمل الأمير والصعوبـات المادية غير المتوقعة .

المطلب الثاني : مبدأ التعويض الجزئي في نطاق نظرية الظروف الطارئة .

المطلب الثالث : الشروط التعاقدية للاعفاء من المسئولية .

المطلب الأول

مبدأ التعويض الكامل في نطاق نظريتي عمل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة .

تشترك كل من نظريتي عمل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة ، في أن التعويض الذي يقضي به تحكمه قاعدة التعويض الكامل "Régle de l'indemnisation intégrale" . هذا التعويض يجب أن يغطي كافة الأضرار التي تلحق بالمتعاقد .(١)

أولا : مبدأ التعويض الكامل في نطاق نظرية عمل الأمير :

على الرغم من أن سلطة الادارة في تعديل التزامات المتعاقد معها ، وتدخلها أثناء تنفيذ العقد باجراءات عامة أو خاصة ، بما من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد ، انما مناطها احتياجات المرافق العامة وتحقيق الصالح العام ، وعلى الرغم من أن مسئوليتها في هذا الصدد ، مسئولية تعاقدية دون خطأ من جانبها ، الا أن المبدأ الذي استقر في قضاء مجلس الدولة الفرنسي(٢) والمصري(٣) هو

---

(١) الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي ، العقود ، المرجع السابق ص ٦٧٠ .

(٢) انظر على سبيل المثال :

- C.E. 23 avril 1948, Ville d'Ajaccio, R.D.P. 1948, p. 603: "Le montant des dépenses supplémentaires doit être supporté en totalité par la ville"; 25 janvier 1963, Sté des alcools du Vexin Réc. p. 50: "La diminution du contingent contractuel annuel d'alcool de betterave avant l'expiration du contrat ouvre droit au titulaire, à qui aucune faute ne peut être reprochée, à la réparation de l'intégralité du préjudice subi".

(٣) انظر على سبيل المثال :

حكم محكمة القضاء الاداري الصادر في ٣٠ يونيه سنة ١٩٥٧ ، سبقت الاشارة اليه .

مبدأ التعويض الكامل . وهو ذات المبدأ الذي يحكم تقدير التعويض في حالة المسئولية التعاقدية للادارة بناء على خطأ من جانبها ، فالتعويض في الحالتين يشمل كل مالحق المتعاقد من خسارة ، وما فاته من كسب (١) .

ولهذا فان عددا من القواعد المطبقة في حالة المسئولية التعاقدية بناء على خطأ الادارة ، صالحة للتطبيق في مجال تقدير التعويض في نطاق نظرية عمل الأمير . (٢)

ولا غرابة في ذلك ، فعندما يتعلق الأمر بتحديد قيمة التعويض ، فان الذي يوضع في الاعتبار هو المتعاقد المضار وليس المسئول عن احداث الضرر ، والذي يوضع في الاعتبار كذلك هو الضرر الذي أصابه وليس الفعل الذي سبب الضرر ، وسواء أكان هذا الفعل خاطئا أم لا ، فان الضرر يجب أن يتم تعويضه تعويضا كاملا . (٣)

= وقد جاء به : "... يتميز التعويض على أساس نظرية التوازن المالي عنه على أساس نظرية الظروف الطارئة ... في أن الأول تعويض شامل وغير جزئي كما هو الشأن في التعويض الثاني ...".

(١) - **Ph. Terneyre**, Thèse précitée, p. 495.

(٢) - **A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé**, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 556.

(٣) - **S. Badaoui**, Thèse précitée, p. 140: "... quand il s'agit de fixer le montant de l'indemnité, ce n'est pas le responsable qu'il faut considérer, mais la victime; ce n'est pas le fait dommageable, mais le dommage ... qu'il y ait faute ou non, le préjudice doit être entièrement réparé...".

ولهذا فان القضاء لا يميز دائما بين فعل وخطأ الادارة" (١) ، فـاذا اقتصر المتعاقد على طلب التعويض للضرر الذى أصابه من جراء تدخـل الادارة، فان القاضى من ناحيته سوف يقتصر أيضا على تقدير قيمة التعويض دون حاجـة للبحث عما اذا كان فعل الادارة يعد خاطئا أم لا ، حيث أن قيمة التعويـض واحدة فى الحالتين . (٢)

ويترتب على مبدأ التعويض الكامل ، حق المتعاقد فى أن يعوض عـن كل مالحقه من خسارة ، وما فاته من كسب . والعنصر الأول المتعلـق بتعويض المتعاقد عما لحقه من خسارة "Le dammum emergens" يتضمن كافة النفقات الفعلية التى تكبدها المتعاقد بسبب عمل الأمير ، وهـى تختلف باختلاف الأحوال وبحسب طبيعة التعديل وما يترتب عليه من نتائج (٣) .

---

(١) - H. Bonneau, "Marché de travaux publics", J.C.A., 1952, Fasc. 520, n°. 159: "La jurisprudence ne distingue pas toujours de manière très nette le fait et la foute de l'Administration".

(٢) - S. Badaoui, Thèse précitée, p. 140 et s.

(٣) يراجع حكم محكمة القضاء الادارى فى ٣٠ يونيه سنة ١٩٥٧ ـ سبقت الاشارة اليه ، حيث أشارت فى حكمها لبعض أمثلة لما يمكن أن يتضمنه عنصر ما لحق المتعاقد من خسارة ، ومن ذلك " ما اذا طلبت الادارة سرعة انجاز الأعمال ، فان ذلك قد يؤدى الى زيادة التكاليف علـى المتعاقد بدفع أثمان مرتفعة أو زيادة فى أجور الأيدى العاملة . كما أنه من الجائز أن يترتب على تعديل العقد أثناء تنفيذه خسائـر متنوعة ، وفى هذه الحالة يجب تقدير هذه الخسارة مادامت علاقـة السببية قائمة بينها وبين الاجراء الذى طلبت جهـة الادارة مـن المتعاقد معها اتخاذه ... " .

ففي حالة تدخل جهة الادارة المتعاقدة لتعديل التزامات المتعاقد معهـا بالزيادة ، فان المتعاقد يجب أن يعوض عن الأعباء الاضافية التي يتكبدهـا لاستقدام أيدي عاملة اضافية ، أو زيادة النفقات العامة للتنفيذ واستخدام مـواد اضافية وغير ذلك من المصروفات الفعلية المترتبة على تدخل الادارة (١) ٠

وبالمقابل فانه في حالة تدخل الجهة الادارية المتعاقدة لتعديل التزامـات المتعاقد بالنقص ، كما لو أمرت بعدم تنفيذ جزء من العقد ، فان ذلك قد يترتب عليه أن النفقـات العامة للمشروع غير القابلة للتخفيض سوف توزع على حجـم أقل من الأشغال (٢) ٠ وقد يترتب على ذلك ــ كما يلاحظ الأستاذ" فاليـن" ــ أن المواد والسلع التصنيعية المخزونة لتنفيذ العقد قد تصبح عديمة الجـدوى وقد يصعب استخدامها في تنفيذ عقد آخر ، وقد يؤدي تخفيض حجم الأشغـال الى أن يتحمل المتعاقد بدفع تعويضات لجانب من الأيدي العاملة التي يتـم تسريحها بمناسبة هذا التخفيض ، أو أن يتحمل المتعاقد بدفع رواتبهم أثنـاء فترة الاستغناء عن خدماتهم (٣) ٠

---

(١) - B. Sablier, Thèse précitée, p. 228;
S. Badaoui, Thèse précitée, p. 141 et s.;
G. Péquignot, J.C.A., ancien Fasc. 511, nos. 376 et 377.

(٢) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit. p. 556;
S. Badaoui, Thèse précitée, p. 142.

(٣) - M. Waline, Article précité , R.D.P. 1951, p. 21.

ومن جهة أخرى فان تدخل الجهة الادارية المتعاقدة لتعديل مدة التنفيذ المحددة في العقد ، قد يترتب عليها أيضا حق للمتعاقد في التعويض عن الخسائر التي قد تنجم عن ذلك ، سواء أكان التعديل باطالة المدة أو تخفيضها • ففي حالة اطالة المدة قد يمنى المتعاقد بخسائر نتيجة زيادة الأسعار أثناء فترة الاطالة ، أو نتيجة نفقات استبقاء الأيدي العاملة لفترة أطول (١) ، وقد يكون ذلك بسبب استبقاء المعدات والأدوات في موقع الأشغال أثناء فترة الاطالة ، وقد يكون بعضها مستأجرا بمعرفة المتعاقد من الغير • أما في حالة تخفيض مدة تنفيذ العقد ، كما لو أمرت الادارة بسرعة انجاز الأعمال في وقت أقل ، فانه قد يترتب على ذلك تحمل المتعاقد بأعباء اضافية نتيجة اضطراره لدفع أثمان مرتفعة أو زيادة أجور الأيدي العاملة • (٢)

وعلى ذلك فان العنصر الأول من عنصري التعويض الكامل يتم تقديره بتحديد المصروفات والنفقات الفعلية التي تكبدها المتعاقد بسبب عمل الأمير • أما ماذهب اليه الأستاذ "Bonnard" من أن المقابل الذي يحصل عليه المتعاقد عن النفقات التي يتكبدها عند تعديل العقد، انما يتم تقديره ليس على أساس النفقات الفعلية وانما بالقياس على سعر الأعمال المشابهة المنصوص عليها في العقد (٣) ، فهو ـ كما يلاحظ وبحق الأستاذ

---

(١) - S. Badaoui, Thèse précitée, p. 142.

(٢) يراجع حكم محكمة القضاء الاداري الصادر في ٣٠ يونيو سنة ١٩٥٧ ، سبقت الاشارة اليه • وتراجع أحكام مجلس الدولة الفرنسي التي أشار اليها الأستاذ الدكتور ثروت بدوي في رسالته عن عمل الأمير ، المرجع السابق ، ص ١٤٢ •

(٣) - R. Bonnard, "Précis de droit administratif", 4e éd., 1943, p. 641.

الدكتور ثروت بدوى (١) ـ خلط بين الشروط التعاقدية وعلى وجه التحديد المادة ٢٩ من كراسة الشروط العامة للطرق والكبارى وبين المبادىء العامة التى تقر للمتعاقد الحق فى التعويض الكامل • ولهذا فان الفقيه " جيز " فى معرض حديثه عن هذه النصوص التعاقدية (٢) أكد على أنها لا تطبق الا اذا تم النص عليها فى العقد أو تمت الاحالة اليها ، وأن العقد اذا خلا من النص عليها ، فان المبادىء العامة هى التى تطبق • (٢)

---

(١) - S. Badaoui, Thèse précitée, p. 141, note nº. 43: "... L'eminent auteur confond entre les règles contractuelles (art. 29 des C.C.G. des Ponts et Chaussées) et les principes généraux qui reconnaissent au cocontractant le droit à une indemnité intégrale".

(٢) - G. Jèze, Contrats, 1er partie, Op. Cit., p. 244: "Ces règles sont contractuelles; elles ne seront suivies que si elles ont été stipulées dans le contrat. Si le contrat est muet à cet égard, on appliquera les principes généraux ...".

ويلاحظ أن نص المادة ٢٩ من كراسة الشروط العامة للطرق والكبارى (الملغاة) كان يجرى على النحو التالى :

"Il est préparé sans retard de nouveaux prix, d'après ceux du marché ou par assimilation aux ouvrages les plus analogues...".

الا أنه لا يكفي تعويض المتعاقد عما لحقه من خسارة لجبر الضرر الذى أصابه نتيجة عمل الأمير، وانما يجب أيضا أن يشمل التعويض مافاته من كسب "Lucrum cessans" وهو العنصر الثاني من عنصرى التعويض الكامل . وقد أكدت محكمة القضاء الاداري في حكمها الصادر في ٣٠ يونيو سنة ١٩٥٧ [(١)] أنه " لا يتصور أن المتعاقد مع الادارة يقبل معاونتها في تسيير المرفق بالمجان وبغير مقابل ، بل الطبيعي أنه قرر طبقا لتقديراته أنه سيظفر مقابل التزاماته العقدية بفائدة معينة وربح معلوم ، فاذا سلم للادارة بحق التعديل تحقيقا للمصلحة العامة ، فان العدالة تأبى حرمان المتعاقد من حقه المشروع في الفائدة أو الربح الذى قدره عند ابرام العقد ..."

وفي موضع آخر من ذات الحكم أشارت المحكمة الى أن التعويض يشمل عنصرين " الأول : مالحق المتعاقد من خسارة ... والثاني: مافات المتعاقد مع الادارة من كسب اعتبارا بأن من حقه أن يعوض عن ربحه الحلال عن عمله ورأس ماله ... " . ويشمل هذا العنصر المبالغ المعقولة التي كان من حق المتعاقد أن يعول عليها لو لم يختل توازن العقد نتيجة عمل الأمير . [(٢)] وهو ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي [(٣)] ، وان

---

(١) سابق الاشارة اليه .

(٢) الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى ،العقود ،المرجع السابق ،ص ٥٩٧.

(٣) انظر من أحكام مجلس الدولة الفرنسي على سبيل المثال :

- C.E. 19 janvier 1938, Ville de Nantes, Rec. p. 57; 26 janvier 1938, Barré, Rec. p. 89; 12 novembre 1958, Société des Entreprises Metropolitaines et Coloniales, R.D.P. 1959, p. 357; 27 octobre 1978, Ville de Saint-Malo, Rec. p. 401; D. 1979. 366, note D. Joly.

كان المجلس في أحد أحكامه القديمة فيما يتعلق بأحد عقود التوريد قد رفض تعويض المتعاقد عما فاته من كسب . [١] ، في حين أن المجلس قد سلم في قضائـــه

= وقد أشار هذا الحكم الأخير لعنصري التعويض الكامل المستحق نتيجـــة عمل الأمير المتمثـل في تخفيض مدة ونطاق عقد التزام . وقد جاء به :

"... en déterminant tous les éléments du préjudice et notamment le motant des depenses d'aménagement inutilement supportées par la ville de SaintMalo sur les parties du domaine reprises par l'État et l'influence que la modification des limites de la concession peut exercer sur les conditions d'exploitation du porte de plaisance des Sablons et sur l'importance des recettes que la ville de Saint-Malo aurait pu normalement retirer de l'exploitation de ce port dans les limites de la concessions initiale...".

(١) - C.E. 22 janvier 1840, Méjean D. 1840, 3, 104.

اللاحق – فيما يتعلق بعقود الأشغال العامة – بتعويض المتعاقد عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب ، وخاصة فى حالة تخفيض الادارة لحجم الأشغال المقررة فى العقد (١) وحالة فسخ العقد فى مجموعه . (٢)

الا أن مجلس الدولة الفرنسي سرعان ما تخلى عن هذه التفرقة بين عقود التوريد وعقود الأشغال العامة وأقر مبدأ التعويض الكامل الذى يشمل مالحق المتعاقد من خسارة ومافاته من كسب وذلك فى جميع الحالات . (٣)

واذا كان الضرر فى معظم الحالات يرجع الى الخسارة التى لحقت بالمتعاقد وفوات فرصة الربح والكسب التى كان يعول عليها ، الا أنه قد يحدث فى حالة فسخ العقد قبل أن يشرع المتعاقد فى اجراء أية تجهيزات او دراسات للبدء فى تنفيذ العقد ، وقبل أن يبدأ فى التنفيذ الفعلى للمشروع محل التعاقد ، أن يطلب المتعاقد تعويضه عما فاته من كسب ، دون أن يكون هناك محلا لطلب التعويض عن الخسارة التى لم تلحق به ، حيث الفرض انه لم يشرع فى البدء فى التنفيذ ولم يتكبد أية نفقات يمكنه المطالبة بتعويض عنها . (٤)

---

(١) - C.E. 30 juin 1859, Bernard, Rec. p. 459; 9 février 1883, Barny, Rec. p. 162.

(٢) - C.E. 19 mai 1864, Bacquery, Rec. p. 460.

(٣) انظر فى هذا المعنى : رسالة الأستاذ الدكتور ثروت بدوى ، المرجع السابق ص ١٤٤ والأحكام التى أشار اليها ص ١٤٥ .

(٤) - **Ph. Terneyre,** Thèse précitée, p. 495.

ويراجع تطبيقا لذلك :

- C.E. 5 janvier 1979, Quainault et autres, Rec. p. 3.

فالضرر القابل للتعويض في نطاق نظرية عمل الأمير " قد يتمثل في ضرر فعلي يصيب المتعاقد ، وقد يكون مجرد انقاص في الربح الذي عول عليه ..." (١)

ومن جهة أخرى فانه في حالة قيام الادارة بفسخ العقد لأسباب ذات طابع فني على سبيل المثال ، فانه نظرا لانتفاء أية علاقة تعاقدية مباشرة بينها وبين المتعاقد من الباطن الذي عهد اليه المتعاقد الاصلي بتنفيذ جزء من العقد (٢) ، فان ذلك يثير التساؤل حول حق المتعاقد الأصلي في الحصول على تعويض كامل ، يشمل مايكون قد التزم بدفعه للمتعاقد من الباطن مقابل تنفيذ هذا الأخير لجزء من العقد؟ .

قد يتبادر الى الذهن أنه يجب التفرقة في هذه الحالة بين التعاقد من الباطن المرخص به من جهة الادارة **"Le sous-traités autorisés"** وذلك الذي يتم دون الحصول على موافقة مسبقة من جهة الادارة .

---

(١) الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي ، العقود ، المرجع السابق ، ص ٥٧١ .

(٢) يراجع في هذا الصدد :

- **J. Georgel**, J.C.A., Fasc. 512, Op. Cit., n°. 33; **A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé**, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 38 et s.;

  F. Moderne, "La sous-traitance des marchés publics", C.J.E.G. 1982.1.131; Marchés publics, 1982, n°. 188, p. 42.

- الدكتور محمد سعيد أمين ، رسالته السابق الاشارة اليها ص ١٩٦ ، ومابعدها .

على اعتبـــــار "Le sous-traités non autorisés"

أن الادارة لا يقع عليها أى التزام بتعويض المتعاقد من الباطن الذى عهد اليـــــه المتعاقد الأصلى بتنفيذ جزء من محل العقد دون الحصول على موافقة مسبقة مـن جهة الادارة المتعاقدة (١)

الا أنه على الرغم من ذلك فان المتعاقد الذى يعهد الى متعاقد من الباطن ـ دون الحصول على موافقة مسبقة من جهة الادارة ـ بتنفيذ جزء من العقـــد ، يجب ألا يحرم من أن يطالب جهة الادارة بتعويضه عن عمل الأمير ، وبحيـــث يشمل ذلك التعويض كل مالحقه من خسارة ومافاته من كسب ، وبحيث يغطـــى النفقات التى تكبدها فى علاقته بالمتعاقد من الباطن (٢) .

حقيقة ان التعاقد من الباطن تم دون الحصول على موافقة الادارة ، الا أنها لا تستطيع الاستفادة من عدم وجود هذه الموافقة فيما يتعلق بتعويض المتعاقـد معها . (٣) واذا كان المتعاقـــد من الباطـــن فى هذه الحالـة لا يطلـــك

---

(١) - **Ph. Terneyre,** Thèse précitée, p. 495: "L'administration n'est tenue à aucune réparation à l'égard d'un sous-traitant, travaillant avec le cocontractant, en vertu d'un contrat que l'administration n'a pas approuvé".

(٢) - **Ph. Terneyre,** Thèse précitée, p. 496.

(٣) - **A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé,** T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 41: "... Mais l'administration ne peut non plus se prévaloir de l'absence d'approbation d'un sous-traité à propos de l'indemnisation de son cocontractant".

ـ وانظر تطبيقا لذلك :

- C.E. 22 janvier 1965, Soc. des établissements Michel Aubrun, Rec. p. 50.

أن يطالب جهة الادارة بأى تعويض ، الا أنه يحق له أن يطالب المتعاقد الأصلي قضائيا بالمبالغ التى أنفقها والمقابلة للأعمال التى قام بها .(١)

وبصفة عامة فانه اذا كان للمتعاقد الحق فى التعويض الكامل وفقا لنظرية عمل الأمير، الا أن هذا التعويض بطبيعة الحال لا يمكن أن يتجاوز حجم الضرر الحقيقي ، سواء أكان هذا الضرر يتمثل فى الخسارة التي حاقت بالمتعاقد أو الكسب الذى كان يأمل فيه اذا ماتم تنفيذ العقد بالكامل وفقا للمجرى العادى للأمور . فيجب ألا تتجاوز المبالغ التي يحصل عليها المتعاقد كتعويض عن عمل الأمير ، مقدار الضرر الذى حاق به من جراء تعديل العقد .(٢)

وغالبا ما يلجأ القاضي لتحديد قيمة التعويض الي الاستعانة بالخبراء وخاصة في المنازعات الدقيقة التي يصعب فيها على القاضي تقدير قيمة الخسائر التي حاقت بالمتعاقد أو تحديد الكسب الذى كان ينتظره لو لم

---

(١) - Ph. Terneyre, Thèse précitée, p. 496.

(٢) - S. Badaoui, Thèse précitée, p. 144; J. Georgel, J.C.A., Fasc. 515, 1984, n°. 100.

- وانظر فى ذات المعنى :

الدكتور على الفحام ، رسالته السابق الاشارة اليها ، ص ٢٩٢ .

يختل التوازن المالي للعقد[١] . وعند تقدير التعويض فان التاريخ الذي يعتد به هو تاريخ تحقق الضرر وليس التاريخ الذي يجرى فيه تقدير هذا الضرر.[٢]

وفي الواقع فان القواعد العامة لتقدير الضرر وبالتالي التعويض المستحـــــق للمتعاقد لا تختلف عن تلك القواعد المطبقة في حالة تقرير مسئولية الادارة لنكوثها عن تنفيذ التزاماتها العقدية .[٣]

---

(١) - **Ph. Terneyre,** Thèse précitée, p. 496.

ويراجع حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٢٧ أكتوبر سنــــــة ١٩٧٨ في قضية **"Ville de Saint-Malo"** ، سابق الاشـــــارة اليه ، وقد جاء به :

"Considérant que l'état et l'instruction ne permet pas d'évaluer exactement ce préjudice; qu'il y a lieu, avant dire droit, d'ordonner une expertise afin de procéder à cette évaluation, en déterminant tous les éléments du préjudice".

ـ وانظر في نفس المعنى :

- C.E. 14 avril 1948, Min. des Armées, Rec. p. 159.

(٢) - C.E. 23 mai 1951, Bongert, Rec. p. 283.

(٣) - **A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé,** T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 557.

وكيفية تقدير التعويض قد يفصلها العقد ذاته (١) ، وقد يتصدى المشرع لبيان طريقة حساب التعويض وذلك عندما يكون الاجراء المكون لعمل الأمير منسوبا للمشرع (٢) . وفي بعض الحالات الأخرى يكون تقدير التعويض يسيرا وذلك بالنسبة للأعباء التي تترتب على فرض رسوم خاصة أثناء تنفيذ العقد ، أو زيادة الرسوم القديمة ، فالتعويض في هذه الحالة يتمثل في رد قيمة الرسوم التي تم دفعها أو رد الفرق بين سعر الضريبة القديم والجديد (٣) .

---

(١) ويلاحظ أن كراسات الشروط والمواصفات العامة في فرنسا كثيرا ماتشير الى كيفية تقدير التعويض في العديد من الحالات المتعلقة بتعديل شروط أو ظروف تنفيذ العقد وأيضا في حالة اختلاف حجم وأهمية الأشغال . يراجع لمزيد من التفاصيل : مطول الأستاذ "دى لوبادير" في العقود ،الجزء الثاني، الطبعة الثانية ، المرجع السابق ص ٤٥٥ ومابعدها .

(٢) مثال ذلك في فرنسا القانون الصادر في ٢٠ يوليو سنة ١٩٤٠ والقانون الصادر في ٥ سبتمبر سنة ١٩٤٠ ويتعلقان بفسخ العقودالمبرمة لاحتياجات الدفاع الوطني وقد تم النص في كل منهما على كيفية تعويض المتعاقدين الذين أضيروا من جراء فسخ عقودهم بقوة القانون . وعلى الرغم من ذلك فان تطبيق هذه القوانين وبخاصة فيما يتعلق بتحديد التعويض عن الفسخ كانت مثاراً لمنازعات عديدة أمام مجلس الدولة الفرنسي. يراجع على سبيل المثال :

- C.E. 1er septembre 1944, Pillard, Rec. p. 240; 19 juin 1953, Vernisse, Rec. p. 302.

لمزيد من التفاصيل : يراجع مطول الأستاذ " دى لوبادير" ،الطبعة الثانية ، الجزء الثاني ، المرجع السابق ، ص ١٧٢ ومابعدها .

(٣) الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي ،العقود ،المرجع السابق ص ٦٠٠ .

واذا كان المبدأ هو حق المتعاقد في الحصول على تعويض كامل عن كـل مالحقه من خسارة ومافاته من كسب ، الا أنه نظرا لأن القاضي لا يستطيع الحكم بما لم يطلبه المدعي أو بما يتجاوز ما يطالب به في عريضة دعواه، فانه اذا تبين أن قيمة الضرر الذى أصاب المتعاقد أزيد مما قدره في طلباته أمام المحكمة ـ خاصة اذا استعان القاضي في تقديره للضرر بتقرير الخبير ـ فان المتعاقد لن يمكنه الحصول على تعويض كامل للضرر الذى أصابه ٠

وفي هذا الصدد يرى الأستاذ "Ph. Terneyre" أن المتعاقد يجب عليه لكي يستفيد من قاعدة التعويض الكامل أن يقدر ما أصابه من ضرر وبالتالي التعويض الذى يطالب به تقديرا جيدا ، ومن الناحية العملية عليه أن يحتاط للأمر ويطلب في عريضة دعواه مبلغا زائدا ٠ (١)

استثناءات من قاعدة التعويض الكامل :

تشير كتب الفقه الى أن مجلس الدولة الفرنسي يخرج أحيانا على قاعدة

---

(١) رسالته السابق الاشارة اليها ، ص ٤٩٦ حيث يقول :
"Le cocontractant doit donc bien formuler, financièrement, sa requête (en pratique, en prévoyant toujours un montant excessif) pour pouvoir prétendre, en droit et en fait, bénéficier du principe de l'indemnisation intégrale".

التعويض الكامل في بعض الحالات [١] :

١ ــ حالة فسخ الادارة للعقد بسبب ظروف الحرب أو بسبب توقف الأعمـــال الحربيـــة :

في هذه الحالة ــ ووفقا لقضاء مستقر لمجلس الدولة الفرنسي ــ فـــان التعويض لا يغطي سوى الأضرار الفعلية المترتبة على الفسخ ، مع استبعـــاد عنصر الكسب أو الربح الذي كان يعول عليه المتعاقد لو لم يتم فسخ العقد [٢] .

---

(١) انظر على سبيل المثال :

- **A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé**, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 556 et s.
- **S. Badaoui**, Thèse précitée, p. 145 et s.
- **B. Sablier**, Thèse précitée, p. 229.

- الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي ، العقود ، المرجع السابق ص ٥٩٨ ومابعدها .
- الدكتور علي الفحام ، رسالته السابق ذكرها ، ص ٣٩٧ ومابعدها .

(٢) انظر على سبيل المثال :

- C.E. 23 janvier 1952, Secr. d'État c. Chambouvet, Rec. p. 50.

ويتعلق النزاع بعقد كان قد أبرم بسبب ظروف الحرب ، وتم فسخـــه بسبب اجتياح القوات الالمانية لجنوب فرنسا ، وتسريح قوات الهدنـــه الفرنسية . حيث قضى المجلس بأنه " في مثل هذه الظروف الخاصـــة فان فسخ العقد أبعد من أن يكون تعسفيا ، وانما مرده لسبب يتعلـــق بالمصلحة العامة ، ومن ثم فان هناك عقبة أمام المقاول في المطالبـــة بتعويض أيا كان عن الكسب الذي كان يأمل في تحقيقه".

واستبعاد عنصر الكسب من حساب التعويض الكامل ليس مقصوراعلى فرض المسئولية العقدية دون خطأ ، حيث أن مجلس الدولة الفرنسي قد رفض تعويض مافات المتعاقد من كسب ، في بعض الحالات ووفقا لظروف الحال في مجال المسئولية العقدية بناء على خطأ من جهة الادارة .(١)

وينتقد الأستاذ الدكتور ثروت بدوي ماذهب اليه البعض لتبرير موقف مجلس الدولة الفرنسي فيما انتهي اليه من استبعاد عنصر الكسب عند تقدير التعويض في حالة فسخ الادارة للعقد بسبب ظروف الحرب أو توقف الأعمال الحربية، استنادا الى فكرة القوة القاهرة التي بمقتضاها لم يكن أمام الادارة من سبيل سوى فسخ العقد(٢) . حيث يرى أن هذا التبرير غير مقبول من عدة وجوه ، فمن جهة

---

(١) - **A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé**, T.C.A., 2e éd., t. 1, p. 781; t. 2, p. 557.

وانظر تطبيقا لذلك في قضاء مجلس الدولة الفرنسي :

- C.E. 30 octobre 1951, Sté Citroën, Rec. p. 508: "Compte tenu des circonstances de l'époque où le marché a été résilié partiellement par l'État, l'indemnité ne doit comprendre que la perte subie effectivement par la société ... à l'exclusion du bénéfice que la société aurait pu réaliser du fait de l'exécution du marché".

(٢) يشير الأستاذ الدكتور ثروت بدوي الى أن هذا التبرير قدمه الأستاذ " فالين " في تعليقه على حكم : -**"Soc. Schneider"** de la Cour du Contentieu Administratif de Madagascar, 10 sept. 1945, Recueil Penant, 1947, p. 180.

فلكي توجد حالة قوة قاهرة يجب أن تكون هناك استحالة مطلقة أمـــام الادارة لاتمام تنفيذ العقد ، وهذا الشرط غير متوافر في معظم الحالات التي رفض فيهـا مجلس الدولة الفرنسي تعويض المتعاقد عن مافاته من كسب.والاستحالة المطلقـة لا تتحقق الا في حالة وقوع الاشغال محل التعاقد في منطقة القتال أو فـــي المنطقة المحتلة ، مما يمكن معه القول بأن تنفيذ العقد أصبح مستحيلا مـــن جراء ظروف الحرب .(١)

وعلى الرغم من ذلك ، فان المجلس قد رفض أيضا تعويض مافات المتعاقـد من كسب ولم تكن الاشغال محل التعاقد واقعة في منطقة القتال .(٢)

وبالاضافة الى ذلك فانه لا توجد استحالة في تنفيذ العقد أو حتى مجـرد صعوبات في متابعة التنفيذ في حالة توقف الأعمال الحربية ، ولهذا فان فســخ العقد لا يمكن أن يبرر باستحالة التنفيذ وانما مجرد عدم وجود مايبرر الاستمرار في التنفيذ لزوال السبب الذي من أجله تعاقدت الادارة .(٣)

---

(١) انظر تطبيقا لذلك :

- C.E. 25 janvier 1952, Ministre de la Guerre, R.D.P. 1952, p. 521.

(٢) - C.E. 30 octobre 1951, Sté Citroën, précité.

(٣) - B. Sablier, Thèse précitée, p. 229 et s.

ومن جهة أخرى فان القوة القاهرة تحرر الادارة من كل التزام بالتعويض بصفة عامة ، والفرض أن مجلس الدولة الفرنسي في حالة فسخ العقد بسبب ظروف الحرب ، يحكم للمتعاقد بتعويض عن مالحقه من خسارة ويستبعد فقط تعويضه عما فاته من كسب .(١)

وينتهي الأستاذ الدكتور ثروت بدوي الى أن التفسير الوحيد المقبول — وهو ما نؤيده — هو أن مجلس الدولة الفرنسي يضع نصب عينيه عند تقدير التعويض المستحق للمتعاقد ، الظروف التي تحيط بواقعة الفسخ(٢) ، والمبررات التي دعت جهة الادارة الى وضع نهاية لتنفيذ العقد ، وهي في حالة ظرف الحرب أو وقف الأعمال الحربية ترجع الى زوال الغرض أو السبب الذي من أجله أبرم العقد .(٣)

٢ — حالة الضرر غير المنسوب الى الادارة وحدها :

يستبعد التعويض الكامل منطقيا اذا كان المتعاقد قد ساهم في احداث الضرر جزئيا ، أو حتى أدى فعله الى زيادة الضرر الذي أصابه. وعلى ذلك فاذا كان اسهام الادارة في احداث الضرر اسهاما جزئيا ، بمعنى أن هناك عوامل أخرى قد تدخلت بجانب فعل الادارة في احداث الضرر، فان القاضي يستنزل من التعويض ما أسهم به المتعاقد بفعله في

---

(١) ، (٢) رسالته السابق الاشارة اليها ، ص ١٤٦.

(٣) يراجع في هذا المعنى :

- G. Jèze, Contrats, 1er partie, Op. Cit., p. 251.

احداث الضرر (١) . وهذه الحالة مجرد تطبيق للقواعد العامة . (٢)

ثانيا : مبدأ التعويض الكامل في نطاق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة :

اذا ما توافرت شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، فـان للمتعاقد الحق في الحصول على تعويض كامل وذلك بالمخالفة لمبدأ ثبـــات الثمن في العقود الادارية . (٣)

---

(١) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 557.

ويراجع :

- C.E. 28 novembre 1924, Tanti, précité: "Il résulte de l'instruction que l'augmentation des charges de l'entreprise n'est pas exclusivement imputable au nouvel arrêté au gouverneur général; par suite le préjudice subi par le fournisseur ne doit pas être en totalité supporté par l'administration...".

(٢) الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى ، العقود ، المرجـــع السابــق ، ص ٥٩٩ .

(٣) - J. Georgel, J.C.A., Fasc. 512, Op. Cit., n°. 131.

ولذا فانه يجب تعويض المتعاقد عن كل النفقات التي تحملها لمواجهة تلك الصعوبات التي طرأت أثناء تنفيذ العقد • وقضاء مجلس الدولة الفرنسي مستقر بوضوح على قاعدة التعويض الكامل في نطاق تطبيق هذه النظرية[١]

وان كانت بعض المحاكم الادارية في فرنسا قد ذهبت في بعض أحكامها ـ المتعلقة بتقدير التعويض المستحق للمتعاقد تطبيقا لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ـ الى تطبيق قواعد مشابهة لتلك المطبقة في حالة نظرية الظروف الطارئة[٢] • أى أنها ذهبت الى توزيع نفقات مواجهة الصعوبات بين المتعاقد والادارة، على أساس المشاركة بينهما • الا أن هذا فهم خاطئ، ونتقد

---

(١) يراجع على سبيل المثال :

- C.E. 30 juillet 1948, Min. guerre c. Sté Rol, Rec. p. 359; C.E. 2 decembre 1964, Port autonome de Bordeaux, Rec. p. 936: "L'indemnité accordée au cocontractant, non pour charges extracontractuelles résultant pour lui d'une situation d'imprévision, mais pour réparer les conséquences onéreuses de sujétions imprévues ... rencontrées dans l'exécution des travaux, doit couvrir en l'absence de faute relevée à la charge du cocontractant, l'ensemble du préjudice subi".

(٢) - J. Montmerle, Commentaire C.C.G. Ponts et Chaussées, t. 2, Op. Cit., p. 99; Cons. de préfecture de Marseille, 23 janvier 1932, cité par Montemerle, p. 99, note nº. 43.

من الفقه والقضاء ، ولم يسايره مجلس الدولة الفرنسي بل استقرت أحكامه كما سبق أن أشرنا على مبدأ التعويض الكامل (١) .

ولقد أخذت محكمة القضاء الاداري المصرية بمبدأ التعويض الكامل ، وذلك في حكمها الصادر بتاريخ ٢٠ يناير سنة ١٩٥٧ ، حيث ذكرت في عبارات صريحة أن التعويض في مجال تلك النظرية " لا يتمثل في معاونة مالية جزئية تمنحها جهة الادارة للمتعاقد معها ، بل يكون تعويضا كاملا عن جميع الأضرار التي يتحملها المقاول بدفع مبلغ اضافي له على الاسعار المتفق عليها .. " (٢) .

---

(١) - **J. Montemerle**, Commentaire C.C.G. Ponts et Chaussées, t. 2, Op. cit., p. 99 et s.

وانظر في نفس المعنى :

- **Y.D-Moscet**, Article précité, in Mon. T.P. 5 décembre 1977, p. 97.
- **A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé**, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 512.

ـ الأستاذ الدكتور أنور رسلان ، مذكراته السابق الاشارة اليها ، ص ٥٦ .

(٢) حكمها السابق الاشارة اليه . ويراجع فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشاري بمجلس الدولة رقم ٩٥ بتاريخ ٤ فبراير سنة ١٩٦٤ السابق الاشارة اليها ـ وقد جاء بها :

" ... عند تنفيذ العقود الادارية ، ... قد تطرأ صعوبات مادية استثنائية لم تدخل في حساب طرفي العقد وتقديرهما عند التعاقد ، وتجعل التنفيذ أشد وطأة على المتعاقد مع الادارة وأكثر كلفة ، فيجب من باب العدالة ـ تعويضه عن ذلك بزيادة الاسعار المتفق عليها في العقد زيادة تغطي جميع الأعمال والتكاليف التي تحملها .. والتعويض هنا لا يتمثل في معاونة مالية جزئية تمنحها جهة الادارة للمتعاقد معها ، بل يكون تعويضا كاملا عن جميع الأضرار التي يتحملها ، وذلك بدفع مبلغ اضافي على الأسعار المتفق عليها " .

ويشير الأستاذ العميد الطماوى [١] الى أن محكمة القضاء الادارى فى حكمها الصادر فى ٥ مايو سنة ١٩٥٣ لم تطبق مبدأ التعويض الكامل ، وذلك حين ذكرت فى سياق حكمها أن " العدالة تقتضى بأن تشاطر الحكومة المدعى فى تحمل نصف قيمة زيادة التكاليف الناشئة عن تكتل الأتربة .. " . ولعل هذا الخلط بين نظرية الصعوبات المادية ونظرية الظروف الطارئة ، هو الذى دعا محكمة القضاء الادارى الى تدارك الأمر والتزام القواعد السليمة لنظرية الصعوبات ، حيث حرصت فى حكمها الصادر فى ٢٠ يناير سنة ١٩٥٧ على ابراز العناصر المميزة لكل من النظريتين خاصة فيما يتعلق بقواعد التعويض والنتائج المترتبة على كل منهما .

الا أن المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ١٤ يونيه سنة ١٩٦٩ [٢] ، قد عادت للخلط بين نظريتى الظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة ، فهى تقول انه " اذا كان مفاد النصوص الواردة فى الشروط العامة أن المقاول مسئول مسئولية كاملة عن جميع الصعوبات المادية التى تصادفه سواء كانت متوقعة أم غير متوقعة ، وليس من شأن الصعوبات المادية غير المتوقعة مهما ترتب عليها من ارهاق للمقاول أن تخوله حق مطالبة الجهة الادارية المتعاقدة معه بزيادة فئات الأسعار مشاركة منها فى الخسارة التى تكون قد لحقته ، اذ أن الصعوبات سالفة الذكر ــ أيا كان شأنها ــ لا ترقى الى مستوى الحوادث الطارئة الموجبة لالزام الادارة بتحمل نصيب فى الخسارة الفادحة التى تختل بها اقتصاديات العقد اختلالا جسيما ... " . ولقد تعرض

---

(١) العقود ، المرجع السابق ، ص ٦٦٣ .

(٢) سبقت الاشارة اليه .

هذا الحكم للعديد من انتقادات الفقه[(١)] ، الا أن الذى يعنينا فى هذا المقام أن المحكمة الادارية العليا " قد عادت للتشكيك مرة أخرى فى مبدأ التعويض الكامل"[(٢)] ، والخلط بين نظريتى الصعوبات المادية غير المتوقعة والظروف الطارئة ، مما حدا بالمحكمة للحديث عن مشاركة الادارة فى الخسائر بدلا من الحديث عن التعويض الكامل •

وتطبيقا للقواعد العامة ، فان التعويض المحكوم به للمتعاقد لمواجهته صعوبات مادية غير متوقعة أثناء تنفيذ العقد قد يكون مخفضا أو منقوصا ، وذلك اذا كان المتعاقد قد ساهم فى احداث أو زيادة الضرر المترتب على هذه الصعوبات[(٣)] • وقد يكون ذلك بسبب اهمال المتعاقد فى التحرى والاستعلام الكافى أثناء الاستعداد لتنفيذ الأشغال[(٤)] ، أو أنه قد قدر بأقل من الواقع الصعوبات التى أشارت اليها المعلومات الجيولوجية التى أمدته بها الادارة[(٥)]•

---

(١) يراجع على سبيل المثال :

ـ الأستاذ الدكتور أنور رسلان ، مذكراته السابق الاشارة اليها ، ص ٣٦ •

(٢) الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى ، العقود ، المرجع السابق ، ص ٦٦٤ •

(٣) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 513.

(٤) - C.E. 29 juin 1952, Secr. d'État c. Debernardy, Rec. p. 385.

(٥) - C.E. 13 octobre 1978, Département de la Vandée, Rec. p. 871.

ويلجأ مجلس الدولة الفرنسي عند حساب التعويض الكامل الى السعـــــر المتفق عليه في العقد ، للاهتداء به في تقديرقيمة التعويض.(١)

الا أنه اذا أدت الصعوبات التي صادفها المتعاقد الى تغيير جذري فـــي ظروف تنفيذ العقد ، فان مجلس الدولة الفرنسي يلجأ الى تقدير التعويـــض المستحق على أساس أسعار جديدة .(٢) واذا أدت الصعوبات الى عـــدم

---

(١) - C.E. 10 décembre 1938, Gouv. gén. Indochine, Rec. p. 937;
C.E. 16 décembre 1938, Min. T.P. c/Druy, Rec. p. 948: ".. par application du prix du bordereau apres déduction du rabais d'adjudication".

(٢) - C.E. 21 juillet 1937, Ville de Carcassonne, Rec. p. 754.

وفي هذه القضية كان المقاول ملزما بتنفيذ الأشغال في ظروف شاقـة للغاية ، حيث أدت الصعوبات غير المتوقعة الى تغيير جوهـــري في حجم الأشغال وفي النفقات اللازمة لمواجهتها ، وقد جاء بهـــذا الحكم :

"L'entrepreneur a été obligé d'exécuter des travaux en galerie; ... il s'est agi là d'un ouvrage qui n'était prévu au devis ni comme quantité ni comme prix; c'est dès lors avec raison que le Conseil de préfecture à condamné la ville à payer pour lesdits travaux une indemnité fondée sur l'article 29 du C.C.G.".

صلاحية تقدير التعويض على أساس أي من عناصر السعر الأساسي المتفق عليه، فان المجلس يقدر التعويض بالتحديد الدقيق لجملة النفقات التي تكبدها المتعاقد لمواجهة الصعوبات التي صادفها أثناء التنفيذ .(١)

---

(١) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit. p. 513.

وانظر تطبيقا لذلك :

- C.E. 2 décembre 1964, Port autonome de Bordeaux, précité: "... la totalité des frais...".
- C.E. 12 mai 1982, Sté des autoroutes Paris-Rhin-Rhône, précité.

ويراجع فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشاري بمجلس الدولة رقم ٩٥ بتاريخ ٤ فبراير سنة ١٩٦٤ ـ سبق الاشارة اليها ـ وقد جاء بها : " ... وان للشركة ... الحق في الرجوع الى هيئة قناة السويس مطالبة بالمبالغ التي تعوضها عن الأضرار التي لحقت بها نتيجة لما صادفته أثناء تنفيذ العملية المسندة اليها من صعوبات وتقدر هذه المبالغ بمقدار ما أنفقته الشركة من مبالغ اضافية بسبب الزيادة غير المتوقعة التي تجاوز حد المعقول ... " .

المطلب الثانـــــــــــي

مبدأ التعويض الجزئي في نطاق نظرية الظروف الطارئـــــــــة

ان التعويض الذى يحصل عليه المتعاقد تطبيقا لنظرية الظروف الطارئـــة ليس الا مساعدة من جهة الادارة حتى يمكنه تخطى العقبات التى طرأت أثنـــــاء تنفيذ العقد - والمبدأ الذى يحكم هذا التعويض هو مبدأ المشاركة في تحمل جزء من النفقات غير التعاقدية التى تترتب على حالة الظرف الطارئ.. (١)

فالمتعاقد يجب دائما أن يتحمل جزء من هذه النفقات حتى ولو كان جزءاً يسيراً ، وهو المبدأ الذى استقر عليه قضاء مجلسي الدولة الفرنسي والمصرى على السواء (٢). ولهذا فان مجلس الدولة الفرنسي لم يقبل مطلقا أن يحمل الادارة بكل النفقـــات غير التعاقدية . (٣) ، فالتعويض ليس الا تعويضا جزئيا والمتعاقد ليس لــــه

---

(١) - J. Georgel, J.C.A., Fasc. 512, Op. Cit., n⁰. 111.

(٢) انظر من أحكام مجلس الدولة الفرنسي على سبيل المثال :

- C.E. 1er juillet 1949, Min. de la guerre, Rec. p. 318; 4 mars 1949, Ville de Toulon, Recp. p. 467, précité.

ومن أحكام المحكمة الادارية العليا :

حكمها الصادر فى ١١ مايو سنة ١٩٦٨ ـ سبقت الاشارة اليه ، وأيضـا حكمها الصادر فى الطعن رقم ٣٥٦٢ لسنة ٢٩ ق بتاريخ ١٦ مايـــو سنة ١٩٨٧ ـ غير منشور ـ وقد سبقت الاشارة اليه ـ وقد جـــاء به : " أن التعويض الذى تلتزم به جهة الادارة لا يستهدف تغطيـة الربح الضائع أيا كان مقداره أو الخسارة العادية المألوفة فى التعامـــل وانما أساسه تحمل الجهة الادارية المتعاقدة لجزء من خسارة حققـــة وفادحة ... " .

(٣) - B. Sablier, Thèse précitée, p. 195.

الحق الا في مشاركة جهة الادارة له في الخسائر التي تكبدها . في هذا الخصوص تختلف النتائج المترتبة على تطبيق نظرية الظروف الطارئة عن تلك التي سلم بها القضاء في حالة تطبيق كل من نظريتي عمل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة ، حيث يكون التعويض جزئيا في الحالة الأولى وكاملا في الحالة الثانية (١).

ولذلك فان مجلس الدولة الفرنسي يحرص على التمييز بعناية بين نتائج كل من نظريتي الظروف الطارئة وعمل الأمير اذا ما استند اليهما المتعاقد في عريضة دعواه (٢).

---

(١) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 623.

(٢) يراجع على سبيل المثال :

- C.E. 23 avril 1948, Ville d'Ajaccio, R.D.P. 1948, p. 603: "Ces difficultés provenaient d'une part de l'exécution par la ville d'installations nouvelles qui ont imposé à la Société un sucroit important de dépenses .. d'autre part de la hausse générale des salaires et des prix; ... sur le premier point le montant des dépenses supplémentaires doit être supporté en totalité par la ville; ... sur le second point le montant des charges extracontractuelles s'élevant à 800 447 francs doit être mis à la charge de la ville a concurrence de 600 335 francs".

ومن الناحية العمليـــة فان القاضي لا يحمل المتعاقد الا قدرا بسيطا من الخسائر ، وتتحمل الجهـــة الاداريـــة المتعاقدة بالجزء الأكبر من هـــذا العبء . ولا توجد قواعد محددة في هذا الشأن ، وان كان الغالب أن تتحمل الادارة نسبة ٩٠٪ من جملة الخسائر التي ترتبت على الظرف الطـــاريء (١). وأحيانا قد تقل هذه النسبة أو تزيد قليلا وفقا لظروف كل حالة على حدة. (٢)

ويلاحظ أستاذنا العميد الطماوي ــ وبحق ــ أنه " اذا كانت هـــذه النسبة تحمل الادارة كل الضرر تقريبا ، فيجب ألا يفهم من ذلك أن التعويـــض في حالة الظروف الطارئة هو بعينه التعويـــض في حالـــة النظريتيـــن الأخريين ، نظرا لأن التعويض في حالة الظـــروف الطارئـــة يقدر علـــى أساس الخسائـــر الفعليـــة التي تلحق المتعاقد ... ، في حيـــن أن التعويض في الحالتين الأخريين لا يقتصر على مجرد الضرر ، ولكنـــه يشمل أيضا مافات المتعاقد من ربح " . (٣)

ومن جهة أخرى فان مجلس الدولة الفرنســي يحرص على الأخذ فـــي الاعتبار مختلف عناصر وجوانب العقد والظروف التي أحاطـــت بتنفيـــذه ، وهو في سبيلـــه الى تحديد النسبـــة المئويـــة لمشاركة الادارة فـــي

---

(١) يراجع على سبيل المثال :

- C.E. 9 mai 1962, Ville de Bastia, Rec. p. 307.

(٢) قد تقل النسبة التي تتحملها الادارة الى ٨٠٪ من الخسائر الفعلية : يراجع تطبيقا لذلك :

- C.E. 9 novembre 1935, Ville de Lagny, Rec. p. 1026.

وقد تزيد لتصبح ٩٥٪ في بعض الحالات : يراجع تطبيقا لذلك :

- C.E. 11 juin 1943, Min. Marine, Rec. p. 148; 17 novembre 1965, Commune de Monthermé et autres c/ Sté gazière des Ardennes, Rec. p. 981.

(٣) مؤلفه في العقود ، المرجع السابق ، ص ٦٧٠.

الخسائر التي تكبدها المتعاقد والمترتبة على الظرف الطارىء(١) . فمن ناحية أولى يؤخذ في الاعتبار تصرفات وسلوك المتعاقد ومدى المجهودات التي بذلها لمواجهة الظرف الطارىء(٢) ، أو على العكس من ذلك اهمال المتعاقد وتقصيره في مواجهة الظرف الطارىء(٣) ، وبصفة عامة حسن أو سوء ادارة المتعاقد لدفة الأمور لمواجهة الظرف الطارىء(٤) .

ومن ناحية ثانية فان موقف الادارة يوضع أيضا في الاعتبار ، وذلك من خلال تقدير مدى تعاونها وحسن اهتمامها لمساعدة المتعاقد معها على تخطي مشاكل وعوائق تنفيذ العقد(٥) . أو على النقيض من ذلك مدى تعنتها وعدم

---

(١) - A. De Laubadère, F. Modere, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 623.

(٢) - C.E. 21 avril 1944, Cie française des câbles téléphoniques, Rec. p. 119.

(٣) - C.E. 18 avril 1959, Société industrielle de travaux d'assainissement et d'urbanisme et Ville de Nice, Rec. p. 216.

(٤) - C.E. 17 novembre 1965, Commune de Monthermé et autres c/Société gazière des Ardennes, précité.

(٥) - A. Hachich, Thèse précitée, p. 352 et s.

استجابتها للجهود التي ترمي الى تخطي عقبات التنفيذ ، كرفضها لطلبات المتعاقد بزيادة التعريفة المتفق عليها [١] . وفي هذه الحالة فان التعويض الذي يحصل عليه المتعاقد للظروف الطارئة قد يكمل بمنح تعويض عن الضرر المترتب على تعنت جهة الادارة [٢] .

ولقد استلهمت التعليمات الوزارية الصادرة من الوزير الأول في فرنسا بتاريخ ٢٠ نوفمبر ١٩٧٤ ، ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد . فالمادة الرابعة من هذه التعليمات تؤكد على أنه لا يجب في أي حال من الأحوال أن تتحمل الادارة بكل قيمة الخسارة الفعلية المترتبة على الظرف الطارىء ، وأن المتعاقد يجب أن يتحمل نصيب من تلك الخسارة ، وبصفة عامة جزء يعادل ١٠٪ من تلك القيمة [٣] . بالطبع فان هذه التعليمات ليست سوى مجرد ارشادات لا تلزم جهة الادارة،

---

(١) - C.E. 2 mars 1938, Commune de Corrèze, Rec. p. 219.

(٢) - C.E. 11 décembre 1957, Min. de la Défense national c/Berthias, Rec. p. 671.

(٣) - Circulaire du 20 novembre 1974, Op. Cit., article 4. 22: "La perte effective ou le surcroit de perte ne doit en aucun cas être mis en totalité à la charge de l'administration. Le titulaire du marché doit en supporter une part qui, en règle générale, est au moins égale à 10% ...".

وغني عن البيان أنها لا تلزم القاضي ، كما أنها ليست من طبيعـــة لائحيـــة .(١)

وأيا ماكان الأمر ، فان تحديد التعويض عن الظرف الطارىء لا يخلـو من بعض الصعوبات ، ولهذا فان الأمر الغالب أن يعهد القاضي الى الخبـراء القضائيين بمهمة تحديد قيمة الخسائر المترتبة على حالة الظرف الطـــارىء ، حتى يمكنه تحديد القدر الذى يتحمله المتعاقد وذلك الذى يجب أن تتحملـه الجهة الادارية تطبيقا لمبدأ المشاركة(٢) .

ولكي تتم هذه المهمة الدقيقة ، فانه يجب اجراء ثلاث عمليات متتابعة(٣) :

---

(١) - C.E. 8 janvier 1982, Société Entreprise quillery Saint-Maur, R.D.P., 1983, p. 237: "Considérant que les circulaires du 7 novembre 1973 et du 20 novembre 1974 qui ont servi de base aux appréciations successives de l'Administration n'ont pas de caractère réglementaire et ont pour seul objet de fournir des références aux maitres d'ouvrage; qu'il appartient au juge administratif de statuer sur le montant de l'indemnité d'imprévision à la quelle l'entreprise requérante peut prétendre".

(٢) - **A. Hachich,** Thèse précitée, p. 337.

(٣) - **A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé,** T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 614 et s.; **J. Georgel,** J.C.A., Fasc. 512, Op. Cit., nos.96 et s.; **B. Sablier,** Thèse précitée, p. 187; **A. Hachich,** Thèse précitée, p. 338 et s.

- الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى ، العقود ، المرجع السابق ، ص ٦٢٥ ، ومابعدها .

أولا : تحديد نقطة البدء للظرف الطارىء ، بمعنى تحديد بداية الفترة الخارجة عن نطاق الالتزامات العقدية .

ثانيا : تحديد الخسارة أو النفقات غير العقدية التى لحقت بالمتعاقد والمترتبة على الظرف الطارىء .

ثالثا : توزيع عبء الخسارة بين المتعاقد والادارة، والجهة المسئولة عن دفع التعويض .

أولا : تحديد بداية فترة الظرف الطارىء أو الفترة غير التعاقدية :

"Détermination du point de départ de l'imprévision ou la période extracontractuelle".

نظرا لأن التزام الادارة بمساعدة المتعاقد معها يبدأ من الفترة التى اختل فيها العقد نتيجة الظرف الطارىء ، فان تحديد هذا التاريخ يكتسب أهمية خاصة(١) . وهذا يعنى أن حساب الخسائر التى يجوز المطالبة بالتعويض عنها على أساس نظرية الظروف الطارئة ، يتوقف على تحديد بداية الظرف الطارىء(٢) والتى يطلق عليها بداية الفترة غير التعاقدية ، والتى يتكبد فيها المتعاقد بنفقات غير تعاقدية .(٣)

(١) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 615.

(٢) الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى ،العقود ،المرجع السابق ،ص ٦٣٥ .

(٣) يلاحظ أن مجلس الدولة الفرنسى يستعمل هذه المصطلحات كثيرا فى أحكامه المتعلقة بنظرية الظروف الطارئة، فى حين أنها مصطلحات غير دارجة فى أحكام مجلس الدولة المصرى : لمزيد من التفاصيل يراجع رسالة الأستاذ الدكتور عبدالحميد حشيش السابق الاشارة اليها ، ص ٢٢٩ .

وبداية الفترة غير التعاقدية والتي يطلق عليها بالفرنسية "Seuil de l'imprévision" ترتبط باللحظة التي يبدأ منها تجاوز الحد الأقصى للأسعار عما كان يمكن توقعه عند ابرام العقد (١) .

ويترتب على ذلك أن تاريخ طلب التعويض لا يوضع في الاعتبار ، فالفرض أن الفترة التي يؤثر فيها الظرف الطارئ ، لها بداية ونهاية في الغالب ، والادارة يجب أن تشارك في تحمل قدر من الخسائر التي مني بها المتعاقد قبل تقديمه لطلب التعويض (٢) . واذا كان المتعاقد كقاعدة عامة يمكنه أن يقدم طلب التعويض ابتداء من اللحظة التي يتحقق فيها الظرف الطارئ ، وحتى تقديم كشف الحساب الختامي (٣) ، الا أن بداية الفترة غير التعاقدية ليست معلقة على اخطار من المتعاقد . (٤)

---

(١) - G. Péquignot, "Imprévision", Encyclopedie juridique, Dalloz-repertoire de droit public et administratif, 1959, t. 2, n⁰. 33.

(٢) - C.E. 18 mai 1927, Sté industr. girondine, Rec. p. 564.

(٣) - B.Sablier, Thèse précitée, p. 196.

(٤) - A. De Laubadère, F. Modere, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 615.

ويراجع تطبيقا لذلك :

- Cons. préf. de Bordeaux, 16 mai 1952, Gaz Pal. 1952, 2, 99.

ثانيا : تحديد الخسارة أو النفقات غير العقدية التي تكبدها المتعاقد والمترتبة على الظرف الطارىء :

"Détermination des charges extracontractuelles"

هذا التحديد يتم بالموازنة بين الايرادات والنفقات أثناء فترة الظرف الطارىء ، وصولا الى تحديد الخسائر التي منى بها المتعاقد أثناء تلك الفترة. الا أنه لكي يتم هذا التحديد فانه يجب معرفة نتائج استغلال المشروع موضوع التعاقد التي تؤخذ في الاعتبار ، وتحديد الايرادات والنفقات التي يجب أن تدخل في الحساب. ولقد أتيحت الفرصة لمجلس الدولة الفرنسي في مناسبات عديدة أن يتصدى لبيان المبادىء الأساسية التي تهيمن على حساب النفقات غير التعاقدية ، والتي استخلصها الفقه من قضاء مجلس الدولة الفرنسي في هذا الشأن ، والتي يمكن ايجازها في النقاط التالية :-

١ - نتائج استغلال المشروع التي تؤخذ في الاعتبار :

ان النتائج التي تؤخذ في الاعتبار هي النتائج الفعلية لاستغلال المشروع موضوع التعاقد (١) . وهذه النتائج هي تلك المتحققة منذ بداية الظرف الطارىء وحتى نهايته ، أي أنها محددة بالفترة غير التعاقدية في مجموعها. (٢)

---

(١) الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى ، العقود ، المرجع السابق ، ص ٦٣٥ ومابعدها.

(٢) - J. Georgel, J.C.A., Fasc. 512, Op. Cit., n°. 102 et s.

وتطبيقا لذلك فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بأنه من الخطأ أن يدخل في حساب النفقات والايرادات ، ما يمكن أن يعتبر ايرادات احتمالية اذا تم تنفيذ بعض الاشغال ، وأنه يجب أن يطرح جانبا تقرير الخبراء الذى تضمن هذه الايرادات الاحتمالية بدلا من أن يتضمن النتائج الفعلية لاستغلال المشروع بحسب القيمة المتحققة بالفعل .(١)

ولا صعوبة في الأمر عندما يتم منح التعويض بعد انتهاء حالة الظرف الطارىء ، حيث يمكن في هذه الحالة تقدير النتائج في مجموعها . واذا كان لا مانع من المطالبة بتعويض مؤقت عن الظرف الطارىء خاصة اذا استطالت فترة هذا الظرف لمدة طويلة نسبيا (٢) ، فان النتائج الفعلية المتحققة عن هذه الفترة هي التي تؤخذ في الاعتبار بطبيعة الحال . الا أنه يجب أن يوضع في الاعتبار أن الدفعات المتلاحقة من التعويضات المؤقتة

---

(١) - C.E. 30 mars 1933, Ville d'Oran, Rec. p. 379: "C'est à tort que les experts ont rattaché les recettes et dépenses qui auraient été vraisemblablement effectuées si les travaux d'expansion projetés avaient été exécutés au lieu de s'en tenir aux résultats effectifs de l'exploitation d'après sa consistance réelle".

(٢) ويبرر الأستاذ الدكتور العميد الطماوى منح التعويض المؤقت في هذه الحالة بقوله أن ذلك " لا يتنافى مع القواعد العامة في تقدير التعويض ، فضلا عن أنه يتفق والحكمة التي تقوم عليها النظرية .... " . يراجع مؤلفه في العقود ، المرجع السابق ، ص ٦٤٥.

ليست الا أقساطا في اطار التعويض النهائي عن حالة الظرف الطاريء. ونتيجة لهذا فان النتائج التي كانت محل لتقدير جزئي لمنح تعويض موقت، يجب في النهاية أن ينظر اليها في مجموعها ككل لا يتجزأ دون عزل أو فصل النتائج التي كان لها محل للتعويض في غضون فترة الظرف الطاريء، بمعنى أن تقديرا كليا للنتائج يجب أن يتم في نهاية تلك الفترة لتسوية التعويض النهائي تبعا لذلك الذي تم الحصول عليه أثناء كل الفترة . (١)

٢ ـ تحديد الخسائر التي تدخل في الحساب :

ان الخسائر التي تدخل في الحساب هي فقط الخسائر التي تصيب المتعاقد أثناء فترة الظرف الطاريء ، أما الخسائر التي يكون المتعاقد قد تحملها قبل بداية هذه الفترة فلا تدخل في الحساب وتبقى على عاتقه (٢) . فالحساب النهائي للخسائر يجب أن يتم دون أخذ في الاعتبار للخسارة السابقة على بداية فترة الظرف الطاريء ، والتي تعتبر من قبيل المخاطر العادية لتنفيذ العقد . (٣)

---

(١) - **A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé,** T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 616 et s.

(٢) - **J. Georgel**, J.C.A., Fasc. 512, Op. Cit., no. 103; **B. Sablier**, Thèse précitée, p. 190.

(٣) - C.E. 8 août 1924, Sté d'éclairage de Brive, Rec. p. 817; 27 novembre 1931, Tramways de Besançon, Rec. p. 1036.

وهذه الخسائر السابق تحققها قبل بداية الظرف الطارىء يجب أن تستنزل من حساب الخسائر النهائية المترتبة على هذا الظرف الطارىء٠٠واذا كان تجاوز الحد الأقصى للأسعار شرطا لنشوء حالة الظرف الطارىء ، الا أنه يجدر التفرقة في هذا الخصوص بين أمرين : نشوء حالة الظرف الطارىء في ذاتها والتي تعتمد على اللحظة التي تتجاوز فيها الأسعار الحد الأقصى المتوقع عند ابرام العقد والذي يطلق عليه اصطلاحا بالفرنسية "Le seuil d'imprévision" وبين مسألة حساب الخسائر٠ في هذا الشأن فان مجلس الدولة الفرنسي يذهب الى أنه اذا كان الحد الأقصى المتوقع للأسعار يدخل في الاعتبار عند تقدير قيام حالة الظرف الطارىء ، الا أنه لا يجب أن يؤخذ في الاعتبار مرة ثانية عند حساب النفقات غير التعاقدية أي عند حساب الخسائر ٠(١)

وأنه لكي يتم حساب الخسائر فان الذي يوضع في الاعتبار هو " الفرق بين الأسعار الفعلية وقت التعاقد والأسعار الجديدة" ، دون أن يلتفت الى الفرق بين أقصى سعر متوقع وتلك الأسعار الجديدة ٠(٢)

---

(١) - C.E. 30 novembre 1928, Sté Lumière Électrique, Rec. p. 1229: "... en effet, c'est seulement pour la determination du point de départ de la période d'imprévision qu'il y a lieu de faire état de la marge de hausse prévisible qui a pu être envisagée par les parties".

وانظر ايضا :

- C.E. 6 déc . 1936, Commune de Ménerville, Rec. p. 1110.

(٢) الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي ،العقود ،المرجع السابق ،ص ٦٣٦ ومابعدها ٠

وانظر في نفس المعنى :

- B. Sablier, Thèse précitée, p. 191.

ويرى البعض أن ذلك الحل الذي أقره مجلس الدولة الفرنسي يعد تطبيقا خاصا لقاعدة : "non bis in idem" ،والتي تعني أن ذات الظروف لا يمكن أن تلعب دوراً مرتين ٠ يراجع في هذا الشأن :

- A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 619.

ومن ناحية أخرى فانه اذا كان يجب لتقدير قلب اقتصاديات العقد ،الأخذ في الاعتبار جميع أنواع النشاط المتصلة بموضوع العقد الأصلى،دون الالتفات الى أوجه النشاط الأجنبية عن موضوع هذا العقد، فان ذات النهج يتبع فيما يتعلق بتحديد النفقات غير التعاقدية • فيجب أن يوضع فى الاعتبار عند حساب الخسائر مجموع الأنشطة المتعلقة بالعقد الأصلى مع استبعاد نتائج النشاط غير المتصلة به • (١)

ويثار التساؤل عن الأرباح المتحققة سواء قبل أو بعد بداية الظرف الطارىء ، وهل تدخل فى حساب الخسائر (٢) ؟•

وفقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسى فان الأرباح المتحققة قبل بداية فترة الظرف الطارىء ـــ أو الفترة غير العقدية ، كما يفضل أن يطلق عليها القضاء والفقه الفرنسي ـــ فانها لا يجب ان تستنزل من الخسائر أى أنها لا تدخل فى حساب الخسائر • ويأخذ ذات الحكم الأرباح المحتمل تحققها مستقبلا والتى قد تتحقق عقب زوال فترة الظرف الطارىء • (٣)

---

(١) يراجع ماسبق ذكره فى الفصل الثانى من القسم الأول (المطلب الثالث من المبحث الثانى) •

(٢) يراجع فى هذا الصدد :

- **J. Georgel**, J.C.A., Fasc. 512, Op. Cit., n°. 103; **A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé**, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 617 et s.;

  B. Sablier, Thèse précitée, p. 190.

(٣) يراجع من أحكام مجلس الدولة الفرنسى :

- C.E. 27 juin 1919, Gaz de Nice, S. 1920, 3, 25, Concl. Riboulet, note Hauriou; 18 janvier 1924, Ville de Paris, Rec. p. 58.

بل ان مجلس الدولة الفرنسي قد ذهب الى أنه اذا حدث وحقق المتعاقد أرباحا خلال سنة أو أكثر خلال فترة الظرف الطارىء التى استطالت لبضع سنوات ، فان هذه الأرباح لا تستنزل من حساب الخسائر النهائية للفترة غير التعاقدية كلها (١) .

الا أن هذا الحل القضائى المؤسس على عدم الأخذ فى الاعتبار عند حساب الخسائر ، للأرباح المتحققة والمحتمل تحققها مستقبلا ، كان محلا لبعض الانتقادات الفقهية . فالفقيه " جيز " يذهب الى أن هذا الحل " يؤدى الى التضحية بمصلحة الادارة ، ففى العقد طويل المدة ليس من العدل تقرير دفع تعويض نهائى . فقد يحدث أثناء فترة تنفيذ العقد أن يتكبد المتعاقد بخسائر غير متوقعة، ولكن أيضا قد يجنى أرباحا غير متوقعة". ويتساءل الفقيه"جيز" "اذا كانت الخسارة غير العادية يجب أن تؤدى الى منح تعويض ، فلماذا اذن لا تؤدى الأرباح غير العادية الى نشوء التزام بدفعمقابل لجهة الادارة؟ وأنه اذا سلمنا بامكانية أن تعوض أو توازن الأرباح غير العادية ، الخسائر غير العادية ، فلا يصح اعتبار الضرر نهائيا الا بنهاية فترة العقد" .

---

(١) - C.E. 19 février 1926, Gaz de la Ciotat, Rec. p. 196; 23 juin 1926, Cie générale pour l'éclairage, Rec. p. 633; 30 décembre 1927, Cie française d'éclairage, Rec. p. 1297.

ويلاحظ أنه اذا كانت هذه الأرباح لا يلتفت اليها عند حساب الخسائر، الا أنها قد توضع فى الاعتبار عند تحديد النسبة التى تتحملها الادارة عند توزيع عبء الخسارة بينها وبين المتعاقد، وقد رأينا أنها تتراوح بين ٨٠٪ و ٩٥٪ .

وتأسيسا على ذلك اقترح الفقيه جيز أن " الحل الاكثر عدلا هو دفع تعويض غير نهائي لضمان سير المرفق العام، فاذا ماتبين بعد ذلك أن هناك ارباحا غير عادية فانها تعوض وتوازن الخسائر غير العادية ". (١)

ومع تقديرنا لما ذهب اليه الفقيه " جيز " ، الا أننا نؤيد ماذهب اليه البعض من أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي في هذا الشأن يمكن تفسيره وتبريره بالنظر الى شروط حالة الظرف الطارىء في حد ذاتها (٢) . بمعنى أنه اذا تبين بعد بداية فترة الظرف الطارىء وما ترتب عليها من تكبد المتعاقد لخسائر — أن هناك أرباحا حققها المتعاقد في نشاطه المتعلق بتنفيذ العقد الأصلي ، فان هذا يثبت أن فترة الظرف الطارىء قد انتهت ، وبالتالي فانه لا محل اذن لتطبيق نظرية الظروف الطارئة بعد انتهاء فترة الظرف الطارىء . فالأرباح اللاحقة لفترة الظرف الطارىء شأنها شأن الأرباح المتحققة قبل بداية فترة الظرف الطارىء ، لا يجب أن تدخل في الاعتبار عند حساب الخسائر النهائية للفترة كلها ؛ أما اذا تحققت فيما بعد خسائر جديدة فانها قد تعلن بداية فترة ظرف طارىء جديد ، اذا توافرت باقي شروط حالة الظروف الطارئة، وبالتالي نكون أمام تقدير جديد ومستقل لنتائج هذه الفترة الجديدة . وعلى ذلك فانه

---

(١) - G. Jèze, Contrats, 2e partie, Op. Cit., p. 526.

ويراجع في نفس المعنى :

- Hauriou, note dans Sirey, 1920.3.25, note précitée sous l'arrêt du Gaz de Nice du 27 juin, 1919.

(٢) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 618.

عندما يبدو فى مجال الفترة المتعلقة بالظرف الطارىء تحقق خسائر وأربـــــاح على التعاقب ، فان هذه الفترة لا يجب النظر اليها على أنها تكون فتـــــرة ظرف طارىء واحدة متحدة.فالمقصود فى الواقع أكثر من فترة منفصلة للسنـــوات الخاسرة عن السنوات الرابحة • وهذا يوضح قضاء مجلس الدولة الفرنسى بعدم الأخذ فى الحساب بعد بداية فترة الظرف الطارىء أو قبلها للأرباح المتحققـة والتى لا تستنزل بطبيعة الحال من الخسائر النهائية لفترة الظـــــرف الطارىء • (١)

٣ ـ الجانب الايجابى والسلبى للايرادات والنفقات :

يجب أن يوضع فى الاعتبار جميع الايرادات والنفقات المتولدة عن أوجـــه النشاط الأصلى والفرعى المتصلة بموضوع العقد عند تحديد الخسائر علـــى ذات النحو ــ كما سبق أن اوضحنا ــ الذى يتم به تقدير الاختلال الذى أصـــاب اقتصاديات العقد • (٢)

فمن بين الايرادات التى يجب أن تدخل فى الحساب ، كل مايحصـــل عليه المتعاقد من أموال سواء أكانت تتمثل فى الرسوم التى يتم تحصيلهـــا

---

(١) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 618.

(٢) - J. Georgel, J.C.A., Fasc. 512, Op. Cit., n°. 107.

ويراجع من أحكام مجلس الدولة الفرنسى :

- C.E. 3 décembre 1930, Cne de Graulhet, Rec. p. 1061.

من المنتفعيـن بالمرفق محل التعاقـد ، أو كانت متمثلة فى الأسعار التى يحصل عليها من الجهة الادارية المتعاقدة [١] .

ويشمل الجانب الايجابى أيضا ما يتحصل من عمليات بيع المنتجات الأصليـة والثانوية [٢] ، ويشمـل كذلك ايجار المعدات والآلات [٣] ، وما يتحصـل من ايرادات الاعلانات [٤] ، الى آخر تلك الايرادات التي يحصل عليها المتعاقد بشرط أن تكون تلك الايرادات هى النتيجة الفعليـة للاستغلال الأصلى والتبعى [٥] .

ويشمل الجانب السلبى كل ما يتحمله المتعاقد بسبب تنفيذه التزاماتـه العقدية [٦] . الا أن ذلك مشروط بأن تكون تلك النفقات هى " النتيجـة

---

(١) A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op.Cit., p. 619.

(٢) C.E. 20 janvier 1928, Ville de Pezenas, Rec. p. 93.

(٣) C.E. 30 mars 1928, Ville de Belfort, Rec. p. 479.

(٤) C.E. 30 décembre 1927, cie Française d'éclairage, Rec. p. 1208.

(٥) C.E. 16 janvier 1935, Defontaine, Rec. p. 58.

(٦) الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى ، العقـود ، المرجـع السابـق ، ص ٦٢٧ .

المباشرة والضرورية والمترتبة على قلب اقتصاديات العقد" (١).

ومن أمثلة هذه النفقات : الأجور والرواتب ، النفقات العامة لادارة المشروع ، نفقات الرقابة والسيطرة والتأمين العادية ، نفقات استهلاك الآلات والمباني ورأس المال ، الضرائب والرسوم المفروضة على المتعاقد (٢).

ولقد صنفت التعليمات الوزارية الصادرة في فرنسا في ٢٠ نوفمبر ١٩٧٤ هذه العناصر المختلفة التي يشملها الجانب السلبي لحساب الخسائر ، الى ثلاث طوائف بحسب طبيعتها (٣) : وتشمل الطائفة الأولى ، الأجور والنفقات

---

(١) "La conséquence directe et nécessaire du bouleversement du marché": C.E. 12 novembre 1948, Ville de Bordeaux, Rec. p. 643 et 665.

ويراجع :

- C.E. 16 janvier 1959, Ville du Touquet, R.D.P. 1959, p. 1066: (L'exclusion du montant des prélèvements pour profits illicites).
- C.E. 25 février 1949, Sté Raulet, Rec. p. 762: (L'exclusion des intérêts du fonds de roulement).

(٢) يراجع لمزيد من التفاصيل :

- A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 619 et s.

(٣) - La circulaire du "Premier Ministre" datée du 20 novembre 1974, précitée, article 4.111.

المشابهـــة لها (Salaires et charges qui s'y rapportent) والطائفة الثانية تشمل نفقات التوريدات أو السلع التصنيعيـــة (Charges d'approvisionnement) أما الطائفة الثالثة ، فتشمل النفقات العامة والضريبيـــة (Frais généraux et charges fiscales) .

ومن ناحية التطبيقات القضائية لمجلس الدولة الفرنسي [(١)] ، فان تحديد تلك النفقـــات التي تؤخذ في الاعتبار كانت محلا للعديد من أحكام المجلـــس، وبحيث يمكن استخلاص المبادىء التالية من هذا القضاء :

أ ـ لا يدخل في الحساب ولا في التعويضات التي يحصل عليهـــا المتعاقد من جهة الادارة ، النفقات التي ترجع الى أخطائه أثناء تنفيذ العقـد ، كاهماله أو عدم التزامه باتباع الوسائل الفنية في التنفيذ . [(٢)]

---

(١) ويلاحظ أن الصيغـــة العامة التي يستخدمها مجلس الدولة الفرنسي عادة في أحكامـــه في هذا الصدد ، تجـــري على النحـــــو التالي :

"Il doit être fait état des charges de toute nature pendant la période de bouleversement du contrat".

انظر على سبيل المثال :

- C.E. 16 juillet 1948, Etabl. Desmarets, Rec. p. 643.

(٢) - C.E. 18 avril 1959, Société industrielle de travaux d'assainissement et d'urbanisme et Ville de Nice, Rec. p. 216.

ب ــ لا يدخل فى الحساب فوائد الضمان (١) وفوائد رأس المال الجارى، (٢)
ومع ذلك فان مجلس الدولة الفرنسى قد أقر فى بعض الحالات امكانية الأخذ فى الاعتبار لبعض الفوائد التى أجبر عليها المتعاقد لظروف خاصة (٣) ٠

جـ ــ يفرق مجلس الدولة الفرنسى فيما يتعلق بنفقات استهلاك رأس المال بين فرضين : الأول : بالنسبة للانشاءات والتجهيزات التى تبقى فى ملكية المتعاقد ، فلا تدخل فى الحساب (٤) .

---

(١) - C.E. 25 février 1949, Raulet, précité.

(٢) - C.E. 29 janvier 1944, Cne de Wimille, Rec. p. 35.

(٣) C.E. 13 novembre 1953, Charnit et Collet, A.J.d.A., 1954, p. 66:

يلاحظ أن مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الحكم قد أخذ فى اعتباره -عند تحديد النفقات التى تدخل فى الحساب ــ فوائد الضمان أثناء مهلة المدة الاضافية المتفق عليها بسبب الظرف الطارىء ٠ وأخذ فى الاعتبار أيضا فوائد رأس المال المتداول فى النطاق الذى أجبرت فيه الحوادث غير المتوقعة المتعاقد على زيادة رأس ماله المتداول بما يجاوز الأقساط التى كان قد حصل عليها من الادارة ٠

(٤) - C.E. 23 mars 1934, Sté maritime, Rec. p. 422; 28 février 1936, Sté Le Centre électrique, Rec. p. 265.

والغرض الثاني يتعلق بالانشاءات والتجهيزات التي تؤول للادارة في نهاية مدة العقد ، فهذه النفقات تدخل في الحساب كمقابل لاستهلاك رأس المال (١) ، ويتم حسابها "ليس بناء على مبلغ رأس المال المخصص للمشروع ولكن بناء على جزء رأس المال المخصص للاستهلاك قبل نهاية عقد الالتزام" (٢)

ثالثا : توزيع عبء الخسارة بين المتعاقد والادارة والجهة المسئولة عن دفع التعويض الجزئي :

سبق أن أوضحنا أن نظرية الظروف الطارئة تقوم على أساس مبدأ توزيع أعباء الخسارة بين المتعاقد والادارة • وأشرنا الى عدم وجود قاعدة موحدة تحدد نسبة المشاركة بين الطرفين المتعاقدين (٣) • وبالطبع فان جهة الادارة المتعاقدة هي المدينة بالتعويض ، حتى ولو كانت جهة ادارية أخرى هي التي تسببت في احداث الظرف الطارىء من جراء الاجراءات الصادرة منها • وهنا يثار التساؤل عن امكانية رجوع الجهة الادارية الأولى

---

(١) - C.E. 27 mars 1926, Ville de Montfort-L'Amaury, Rec. p. 375.

(٢) - C.E. 6 août 1928, Ville de Libourne, Rec. p. 1075.

ويراجع حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٧ نوفمبر ١٩٦٩ ، في قضية "Ville d'Avignon" ، المجموعة ص ٨٧٧ ، حيث تولى المجلس في هذا الحكم الهام بيان كيفية تقدير النفقات المتعلقة بمقابل رأس المال المستثمر العقاري والمنقول المخصص للمشروع •

(٣) يراجع ماسبق ذكره في مطلع هذا المطلب •

بالتعويض على الجهـــة الادارية الثانية ؟ (١)

أتيحت الفرصة أمام مجلس الدولة الفرنسي للاجابة على هذا التساؤل ، وذلك فى حكمه الصادر فى ١٥ يوليو سنة ١٩٤٩ فى قضية "Ville d'Elbeuf" (٢) حيث ان بلدية هذه المدينة كان قد حكم عليها بأن تدفع تعويضا للمتعاقد معهـا من جراء النتائج المترتبة على صدور تشريعات تنظيم الأسعار من الدولة. وقـــد رفض المجلس دعوى التعويض المرفوعة من البلدية ، حيث قضى بأن البلديـــة لا يمكنها الرجوع بالتعويض على الدولة، فمسئولية الدولة عن التشريع لا يمكـــن أن تتحقق الا بشروط صارمة ومن النادر تحققها،وقد رفض المجلس أيضا طلب البلديـــة فى نطاق النظرية العامة للمسئولية . (٣)

---

(١) يراجع فى هذا الصدد :

- A. De Laubadère, F. Modere, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 625.

- الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى ،العقود ،المرجع السابق ،ص ٦٤٤ .

(٢) سبقت الاشارة اليه .

(٣) ويرجع ذلك الى أن التشريع الصادر بتنظيم الأسعار انما صدر تحقيقـــا للمصلحة العامة والنفع العام،وبالتالى فان مسئولية الدولة المشرعـــة لا يمكن اثارتها فى هذه الحالة. ومن جهة أخرى فانه من خلال تطبيـق هذا التشريع فانه لم يثبت أن الادارة قد ارتكبت اخطاء قابلة لاثـــارة مسئوليتها فى نطاق المسئولية عن أخطاء المرفق العام . وفى هـــذا المقام يلاحظ الأستاذ " دى لوبادير " أن هذا الوضع يخلق مشكلـــة للوحدة الادارية التى تلزم بدفع تعويضات دون امكانية الرجوع بهـذه النفقات التعويضية التى تحملتها من جراء تدخلات من الدولة ، فـــى حين أن فترة التسعير القانونى منعت الوحدة الادارية مانحـة الالتزام من وسيلة تتوقى بها قلب اقتصاديات العقد عن طريق زيادة التعريفـة المحددة .. ولهذا فان بعض التشريعات تصدر لكى تمنع تحمـــل الجهة الادارية المتعاقدة بتعويضات فى هذه الحالة، وتنظم طريقـة خاصة لمواجهة النفقات غير التعاقدية . (يراجع مطول الأستـــاذ " دى لوبادير " فى العقود ، الطبعة الأولى، الجزء الثالث المرجـع السابق ص ١٢١) .

المطلب الثالث

الشروط التعاقدية للاعفاء من المسئولية

"Les Clauses Contractuelles d'exonération de La Responsabilité"

التساؤل المطروح للبحث هو هل يمكن للادارة أن تضمن العقد شرطا بعدم مسئوليتها قبل المتعاقد ، وبحيث يعفيها من الالتزام بالتعويض على الرغم من توافر شروط تطبيق أي من النظريات الثلاث عمل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة والظروف الطارئة؟ . واذا كانت الادارة هي الطرف الأقوى في العقد وفقا لما لها من امتيازات وسلطات لا يتمتع بها المتعاقد معها ، وأمكنها تضمين العقد نصا يتنازل بمقتضاه المتعاقد عن حقه في طلب التعويض، أيا كان الاجراء أو الظرف الذي سبب الضرر ، فما هو مدى مشروعية مثل هذا الشرط ؟ ..

في معرض الاجابة على هذه التساؤلات يشير أستاذنا الدكتور سليمان الطماوي – وبحق – أنه "لا يتصور من الناحية العملية أن يقبل متعاقد مثل هذا الشرط فيعرض نفسه لمخاطر لا حد لها " .(١)

وفي الواقع فانه اذا حدث ذلك عملا ، فان الاجابة على هذه التساؤلات تتوقف على طبيعة هذه الشروط وما اذا كانت ذات محمل مطلق أم نسبي . ويقصد بذلك التمييز بين حالتين : حالة الاعفاء المطلق من المسئولية وحالة الاعفاء النسبي الذي ينصب على اجراء أو ظرف معين .

---

(١) مؤلفه في العقود ، المرجع السابق ص ٥٩٩.

أولا : حالة الاعفاء المطلق من المسئولية :

في هذه الحالة تطبق القواعد العامة المتعلقة بشروط عدم المسئولية "Les clauses d'irresponsabilité" (١). وعلى ذلك فان المتعاقد لا يمكنه أن يتنازل بطريقة عامة عن طلب التعويض عن كل الاضرار التي قد تصيبه أثناء تنفيذ العقد .

ويجمع الفقه الاداري على عدم مشروعية تضمين العقد شرطا عاما بعدم مسئولية الادارة قبل التعاقد (٢) . ففي نطاق نظرية عمل الأمير على سبيل المثال

---

(١) - **A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé,** T.C.A., 2e éd., t. 1, p. 768 et s.

(٢) يراجع على سبيل المثال :

- **G. Jèze,** Contrats t. 3, Op. Cit., pp. 1063-1104; **S. Badaoui,** Thèse précitée, p. 132: "... à condition de ne pas stipuler des clauses d'irresponsabilité absolue pour l'Administration, clauses qui seraient léonines et par conséquent, nulles"; **M. Waline,** note sous C.E. 13 juillet 1967, Départ. de la Moselle, R.D.P. 1968, pp. 391-395; **J.M. Auby,** "La renonciation au bénéfice de la loi en droit public français", Trav. Assoc. H. Capitant, t. 13, 1960, p. 517; **Ph. Terneyre,** Thèse précitée, p. 389.

ويراجع في نفس المعنى : الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي ، العقود ، المرجع السابق ص ٥٩٩ .

الدكتور علي الفحام ، رسالته السابق ذكرها ، ص ٤٠٠ .

لا يمكن لجهة الادارة أن تضمن عقودها نصا عاما باعفائها من كافة الأضـــــرار المترتبة على عمل الأمير • وهو ما أبرزته محكمة القضاء الاداري المصرية فـــي حكمها الصادر في ٣٠ يونيه سنة ١٩٥٧ (١) حيث أكدت على أنه " من المقـرر في العقود الادارية أن جهة الادارة لا تملك أن تضع فيها نصا عاما بعـــدم مسئوليتها، يعفيها من الالتزام بتعويض الضرر الحادث للمتعاقد معها ، لأن ذلـك يتعارض مع المبادىء المقررة في القانون الاداري من ثبوت حق المتعاقد مــع الادارة في التعويض طبقا للنظريات السائدة في نظام العقود الادارية ومنهـــا حقه في التوازن المالي للعقد " •

واذا كان مجلس الدولة الفرنسي في بعض أحكامه القديمة، قد رفض فـي وجود مثل تلك الشروط ـ التي تؤدي الى استبعاد المسئولية ـ الموافقة علـى منح المتعاقد تعويضا عن الاختلال الذي أصاب العقد، مبررا قضاء ه في هذا الشأن بأن هذه الشروط تتوافق مع النية المشتركة لأطراف العقد (٢) ، الا أن قضاء ه قد استقر بعد ذلك على عدم مشروعية الشرط الذي يتنازل بمقتضاه المتعاقد مقدما عن كل حق في المطالبة بالتعويض عن الظروف التي تطـرأ بعد ابرام العقد• وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في عبارات صريحة بأنـــه " اذا كان أحد نصوص العقد يشترط أن السعر الجزافي يشمل كل ارتفـــاع يمكن أن يترتب على تطبيق التشريعات الاجتماعية الجديدة، وأن هـــذا السعر غير قابل لاعادة النظر، وغير قابل لأي تحفظ من أي طبيعـــة كانت ، فان هذا الشرط لا يمكن بذاته أن يستبعد كل حق للمؤسســـة

---

(١) سبقت الاشارة اليه • ويراجع أيضا حكمها الصادر في ١٤ ابريـــل سنة ١٩٦٠ ـ سبقت الاشارة اليه • وأيضا حكمها الصادر فـــي ٣٠ يونيه سنة ١٩٦٨ (السنة ٢٠ ق ص ٣٧٢) •

(٢) - C.E. 2 février 1923, Ville de Châteaudun, cité par De Laubadère, T.C.A., 1er éd., t. 3, p. 110.

في طلب الاستفادة من نظرية الظروف الطارئة " (١) .

ويرى الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى فى خصوص هذا القضاء ، أن مجلس الدولة الفرنسى " قد عاد الى المسلك السليم ، ذلك أن نظرية الظروف الطارئة لا تعنى مجرد حصول المتعاقد على تعويض مالى ، ولكنها تستهدف تمكينه من التغلب على الصعاب المتولدة عن الظرف الطارىء " (٢) .

كما أن الأستاذ " دى لوبادير " يرى أن مثل تلك الشروط ـ التى بمقتضاها تشترط الادارة على المتعاقد معها، التنازل مقدما عن كل حق فى المطالبة بالتعويض عن الظروف التى يصادفها أثناء تنفيذ العقد ـ ليست لها أى قيمة . فنظرية الظروف الطارئة تواجه أزمة طارئة فى تنفيذ العقد وذلك من خلال التعاون بين أطرافه ، كما أن تطبيق النظرية يجب أن يعتبر من النظام العام ، لأنها وسيلة لضمان سير المرفق العام وتحقيقا للصالح العام (٣) .

---

(١) - C.E. 10 mars 1948, Hospices de Vienne, A.J.D.A. 1948, p. 31.

ولقد تأكد هذا القضاء فى العام التالى مباشرة لهذا الحكم، وذلك فى قضية "Min. T.P. contre E.D.F." الصادر فيها حكم المجلس بتاريخ ٢ مارس ١٩٤٩ (منشور فى مجموعة دالوز سنة ١٩٥٣ ص ٣٠٩) ويتعلق هذا الحكم بنقل أعمدة الكهرباء بناء على الأوامر الصادرة من الادارة للملتزم . حيث قضى المجلس بالسماح بتطبيق نظرية الظروف الطارئة ، على الرغم من ان كراسة الشروط والمواصفات قد تضمنت شرطا يقضى " بعدم امكانية طلب أى تعويض فى حالة تعديل أو نقل خطوط القوى الكهربية " .

(٢) مؤلفه فى العقود ، المرجع السابق ص ٦٤٦ .

(٣) مطوله فى العقود ، الطبعة الأولى ، الجزء الثالث ، ص ١١٠ — الطبعة الثانية ، الجزء الثانى ص ٦٠٠ :

"A notre avis, une telle clause serait sans valeur, l'application de la théorie de l'imprévision doit être considérée comme une règle d'ordre public..".

وفى هذا الشأن تقول محكمة القضاء الادارى المصرية فى حكمها الصادر فى ١٤ ابريل سنة ١٩٦٠ (سبقت الاشارة اليه) أن جهة الادارة "لا تملك أن تضع شرطا يحول بين المتعاقد وبين التمسك بالقوة القاهرة أو الظرف الطارىء اذا وقع أيهما وتكاملت شرائطه... فان هذا الاشتراط غير مشروع لا يعتد به " .

أيضا ففى نطاق تضمين العقد شرطا لاستبعاد المسئولية على أساس الصعوبات المادية غير المتوقعة - ويكون ذلك بالنص فى بعض العقود على تحمل المتعاقد مخاطر التنفيذ أيا كانت طبيعة التربة ومهما كانت الصعوبات التى يواجهها المتعاقد - فان للمتعاقد أيضا فى هذه الحالة

= وانظر عكس ذلك :

- J. Dufau, "Concessions de service public", J.C.A., Fasc. 530, 1987, n°. 112: "Les garanties financières résultant pour le concessionnaire des théories de l'imprévision et du fait du prince ne sont pas d'ordre public".

واذا كان من الجائز أن يثار خلاف فى الفقه الفرنسى حول ما اذا كانت نظرية الظروف الطارئة يجب أن تعتبر من النظام العام أم لا - مع الوضع فى الاعتبار أن رأى الأستاذ **"Dufau"** يخالف الاجماع الفقهى فى فرنسا - الا أنه نظرا لأن تلك النظرية مقننه فى مصر بنص تشريعى وبحيث يمكن أن تطبق على العقود الادارية والمدنية على السواء - على خلاف الوضع فى فرنسا - فان هذه النظرية لا يمكن أن تثير الشك حول أنها تعتبر من النظام العام وبحيث يقع باطلا " كل اتفاق على خلاف ذلك ". واذا كان هذا هو الشأن بالنسبة لعقود القانون الخاص غير ذات الصلة بالمصلحة العامة - فكما يلاحظ بحق الأستاذ العميد الطماوى - "فان الحكم يصدق من باب أولى بالنسبة للعقود الادارية ذات الصلة الوثيقة بالمرافق العامة " .

التمسك بتطبيق نظريـــة الصعوبات المادية غير المتوقعة(١) . والقضـــــاء يفسر تلك الشروط على أنها لا تعني الا الصعوبات العادية فقط ، وأنـــــه ليس المقصود بها تلك الصعوبات الاستثنائية وغير العادية ، وان كان القضـــاء في حالة النص على مثل هذه الشروط في بعض العقود ، يظهر تشددا واضحـــا للتحقق من أن تلك الصعوبات التي واجهها المتعاقد من قبيل الصعوبـــــات الاستثنائية وغير العادية .(٢)

---

(١) - C.E. 21 juillet 1970, Département des Hautes-Alpes c/Sté savoyarde d'entreprise, Rec. p. 533; 24 févirer 1971, Commune de Malesherbe, Rec. p. 162; 19 février 1975, Campenon-Bernard, Rec. p. 143; 13 octobre 1978, Département de la Vendée, rec. p. 871; 12 mai 1982, Sté des autoroutes Paris-Rhin-Rhône, Rec. p. 175, précité.

(٢) - C.E. 27 juin 1969, Fourre-Rhodes Balancy, Rec. p. 879; 24 février 1971, Commune de Malesherbe, précité; 13 octobre 1978, Département de la Vendée, précité.

ثانيا : حالة الاعفاء الجزئى من المسئولية :

يقصد بحالة الاعفاء الجزئى أن يتنازل المتعاقد عن التعويض من جراء النتائج المترتبة على اجراء أو ظرف معين ، توقعه المتعاقدان ونصا فى العقد على تحمل المتعاقد ما يترتب عليه من آثار . ويسلم الفقه والقضاء بمشروعية شرط الاعفاء الذى ينصب على اجراء معين .(١)

ففى نطاق نظرية عمل الأمير على سبيل المثال ، نجد أن دفاتر الشروط العامة تحرص فى أغلب الأحوال على استبعاد التعويض عن النتائج الضارة التى قد تترتب على اجراء معين قد تتخذه الادارة المتعاقدة فى مواجهة المتعاقد . مثال ذلك اشتراط تحمل المتعاقد بضريبة معينة أو أى زيادة فى سعرها ، أو اشتراط تحمل المتعاقد بالنفقات المترتبة على اجراءات التنظيم الصادرة بموجب لوائح الضبط أو عدم امكانية التعويض عما يتحمله الملتزم من نفقات نقل أو تعديل

(١) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 558; Ph. Terneyre, Thèse précitée, p. 388; B. Sablier, Thèse précitée, p. 180.

- الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى ،العقود ،المرجع السابق ص ٦٠٠ .
- الدكتور على الفحام، رسالته السابق ذكرها ص ٤٠٣ .
- الدكتور محمد سعيد أمين ، رسالته السابق ذكرها ص ٦٧٦ .
- ويراجع من أحكام مجلس الدولة الفرنسى :

- C.E. 16 janvier 1924, Pigot, Rec. p. 53; 17 mars 1932, Mourier, Rec. p. 340; 27 octobre 1978, Ville de Saint Malo, précité; 11 février 1983, Sté Entreprise Caroni, Rec. p. 59.

ما أقامه على الطرق العامة عندما تكون هذه التعديلات قد طلبتها السلطة مانحة الالتزام لأغراض تتعلق بالأمن العام أو لمصلحة شبكة الطرق (١).

وعلى الرغم من مشروعية مثل تلك الشروط ، الا أن مجلس الدولة الفرنسي يجرى على التشدد في تفسيرها وحصرها في أضيق نطاق مراعاة منه لمصلحة المتعاقد (٢).

---

(١) - **Art. 5 du C.C.T.** des concessions de distribution publique de gaz, cité par **De Laubadère**, T.C.A., 2e éd., t. 2, nº 1320, note 43: "Le concessionnaire ne peut réclamer aucune indemnité pour les déplacements ou modifications des canalisations et des installations accessoires établies par lui sur ou sous les voies publiques lorsque ces changements sont requis par l'autorité compétente pour un motif de sécurité publique ou dans l'intérêt de la voirie".

(٢) - **A. Fenet**, "L'indemnisation du concessionnaires de service public pour le déplacement de ses ouvrages implantés sur le domaine public", A.J.D.A., 1974, p. 171; **J. Dufau**, "Le domaine public", Éditions du Moniteur", 1977, p. 356.

ففي حكمه الصادر في ١١ فبراير سنة ١٩٨٣ في قضية "Sté Entreprise Caroni" قضى مجلس الدولة الفرنسي بأنه" على الرغم من أن كراسة الشروط قد نصت على أن حجم الأشغال الوارد بجدول الأسعار يمكن أن يتغير بأي نسبة كانت دون أن يكون للمقاول الحق في التعويض ، فان هذا الشرط لا محل له في التطبيق في حالة زيادة حجم الأشغال بناء على خطأ من جهة الادارة ". (١)

وفي بعض الأحوال قد يتصدى العقد لتنظيم شروط التعويض بالنسبة لحالة معينة ، أو يقدر تعويضا جزافيا ، أو حتى يستبعد التعويض عن فقد الربح . (٢)

وبالاضافة الى ذلك فان رد فعل الادارة ازاء نظرية الظروف الطارئة وتطبيقاتها القضائية،دفعها الى تضمين عقودها مع الافراد نوعا من التحديد الاتفاقي المعد سلفا لمواجهة حالة الظروف الطارئة . فاما أن يتضمن العقد الاداري بين نصوصه شروطا تجيز اعادة النظر في المقابل المالي المستحق للمتعاقد ، أو أن تتولى دفاتر الشروط العامة الملحقة بالعقود الادارية النص على

---

(١) سبقت الاشارة اليه ، ويراجع أيضا : حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٧٨ في قضية "Ville de Saint-Malo" ـ سبقت الاشارة اليه ـ حيث قضى بعدم تطبيق قواعد التعويض المنصوص عليها في العقد على التخفيض الانفرادي لنطاق عقد الالتزام .

(٢) - A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 558.

مثل تلك الشروط التى يطلق عليها بالفرنسية :

"Clauses de variation ou de révision des prix ou des tarifs"(١).

ولكن فيما يتعلق بتعويض المتعاقد ، هل وجود مثل هذه الشروط فى عقد من العقود، يمنع المتعاقد من الاستناد الى نظرية الظروف الطارئة ، فى حالة ما اذا كان تطبيق تلك النظرية ، يؤدى الى حصوله على مزايا أكبر من تلك التي ربما يحصل عليها فيما لو طبقت الشروط الواردة في العقد ؟ وبعبارة أخرى ، " هل يجوز للمتعاقد أن يلجأ الى القضاء للمطالبة بالتعويض عن الظروف الطارئة على أساس غير المنصوص عليه في العقد ؟ " (٢).

يجرى قضاء مجلس الدولة الفرنسي على السماح بتطبيق نظرية الظروف الطارئة على الرغم من وجود مثل تلك الشروط وذلك فى حالتين :ـ

(أ) الحالة الأولى : عدم التمكن من تطبيق الشروط المنصوص عليها في العقد :

وترجع معظم تطبيقاتها الى الاجراءات الآمرة بتجميد الأسعار، حيث يترتب عليها تعطيل شروط اعادة النظر فى الأسعار. ولهذا أعلن مجلس الدولة الفرنسي فى حكمه قضية "Ville d'Elbeuf" (٣)

---

(١) يراجع في هذا الموضوع :

- A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, T.C.A., 2e éd., t. 2, Op. Cit., p. 255 et s. - p. 354 et s.

(٢) الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى ، العقود ، المرجع السابق ، ص ٦٤٧.

(٣) سبق الاشارة اليها .

أنه يحق للمتعاقد ــ في ظل التشريعات التي صدرت بغرض تنظيم الأسعار ــ أن يستند لنظرية الظروف الطارئة .(١)

(ب) الحالة الثانية : عدم جدوى تطبيق الشروط الواردة في العقد لمواجهة الآثار المترتبة على اختلال اقتصاديات العقد :

وهذه الحالة تعني ــ على حد تعبير مجلس الدولة الفرنسي ــ أن "الشرط المنصوص عليه ، لم يؤد دوره الطبيعي الذي يتفق ونية الطرفين".(٢) ومثال ذلك أن تؤثر التقلبات الاقتصادية على عناصر أخرى غير تلك التي قدرها المتعاقدون ووضعوا الشروط لمواجهتها .(٣)

---

(١) يراجع أيضا تطبيقا لهذه الحالة من أحكام مجلس الدولة الفرنسي :

- C.E. 22 janvier, Ville d'Avignon, précité.

(٢) "La clause, en fait, n'a pas joué dans des conditions normales conformément aux prévisions des parties ... que dans ces conditions, l'existence d'une clause de révision ne faisait pas obstacle à l'allocation d'une indemnité extra-contractuelle": C.E. 11 juin 1947, Ministre de la Guerre c/Nadaud, Rec. p. 255.

(٣) - C.E. 5 novembre 1937, Ducos, Rec. p. 902; 5 nov. 1937, Département des Côtes-du-Nord, Rec. p. 900; 2 février 1951, Sté des grands travauux de Marseille, Rec. p. 68; 24 avril 1959, Etab. Forrestier, Rec. p. 267.

واذا كان قضاء مجلس الدولة الفرنسي في هذه الحالات يجرى على امكانية استفادة المتعاقد من الاستناد لنظرية الظروف الطارئة ، فانه على العكس من ذلك اذا أمكن إعمال الشروط المنصوص عليها في العقد ، فلا يقبل الاستفادة من تطبيق نظرية الظروف الطارئة .(١)

وفضلا عن ذلك فان للمتعاقد في هاتين الحالتين " الحق في التعويض الأكثر قيمة ، اما بناء على نظرية الظروف الطارئة أو بناء على تطبيق شروط العقد "(٢) ، ولكنه لا يستطيع أن يجمع بينهما .(٣)

---

(١) - C.E. 17 décembre 1943, Calvert, Rec. p. 298; 26 mars 1954, Secrétaire d'État aux Forces Armées c/Société Gaillard, Rec. p. 190; 15 février 1957, Etablissements Dickson, A.J.D.A. 1957, p. 161.

(٢) - C.E. 3 janvier 1936, Commune de Tursac, Rec. p. 5: "La plus élevée des indemnités qu'il peut réclamer soit au titre de l'imprévision, soit par application des clauses du contrat".

(٣) - C.E. 16 décembre 1938, Druy, Rec. p. 948.

الخاتمـــــــة

وهكـــذا ...

فقد اتضح من خلال هذه الدراسة ، مدى الحرية والاستقـــــلال الذي يتمتع به القاضي الاداري في ابتداع الأفكار والنظريات التي تضـــــع أسس الحلول الملائمة لطبيعة الروابط القانونية ، التي تنشأ بيـــن الادارة والافراد في مجال القانون العام . وهو ماتمخض عن ابتداع النظريـــــات الثلاث عمل الأمير والظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة .

وعلى الرغم من تداخل هذه النظريات الثلاث ، ووجود اكثر مـــن وجه من أوجه الشبه بينها ، فان الدراسة المتعمقة والتحليل الدقيـــــق لأحكام القضاء ، تبرز أن لكل نظرية من هذه النظريات ذاتية خاصـــــة تميزها عن الأخرى . ولهذا فان تنوع المواقف والمخاطر التي قد تعتـــرض تنفيذ العقد الاداري ؛ يستبعد معه كل امكانية لمحاولة وضع نظرية عامة تجمع المواقف غير المتوقعة .

واذا كان مجلس الدولة المصري قد أصل الكثير من المبـــــادئ والقواعد التي استلهمها من الأحكام التي شادها مجلس الدولة الفرنسي، فيما يتعلق بنظرية العقد الاداري ، الا أنه يجدر الاشارة الى بعض المبادئ الأساسية في هذا الصدد أبرزتها هذه الدراسة :

(١) ان مجلس الدولة المصري نظرا لحداثة اختصاصه بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود الادارية، لم تتح له الفرصة للتعرض للعديد مـــــن المشكلات ، والتي تفرضها في الواقع العملي تنوع المسائل والمنازعات التي تطرح أمامه . هذه المشكلات تجسدت في منازعات عديدة طرحت أمام مجلـــس الدولة الفرنسي ، وأتاحت له الفرصة لكي يعلن فيها عددا من المبـــادئ والقواعد وذلك خلال أكثر من مائة عام ، اتسعت فيها الفرصة لطـــــرح مختلف أنواع المنازعات المتعلقة بتطبيق النظريات الثلاث محل البحث ، ومايرتبط بها من موضوعات أخرى وثيقة الصلة بها . ولهذا فانه لاغنى عـــن متابعة التطورات التي تستجد في قضاء مجلس الدولة الفرنسي فيما يتعلـــق بتلك النظريات ، والاعتماد على أحكامه في استنباط الحلول لكل مايستجـــد من مشكلات ومنازعات .

(٢) وعلى الرغم من الحقيقة السابقة ، الا ان مجلس الدولة المصرى قد التزم لنفسه مسلكا مستقلا مغايرا لمسلك القضاء الادارى الفرنسى ، فيما يتعلق بمعيار تمييز العقد الادارى وما لحقه من تطور ؛ على اعتبار أن وجود منازعة تتعلق بعقد ادارى هى أحد الشروط التى يجب توافرها لوضع كل من النظريات الثلاث موضع التطبيق . ولقد أوضحنا من خلال هذه الدراسة ، أن القضاء المصرى لايزال مصرا على تطلب اجتماع الضوابط الثلاثة لمعيار تمييز العقد الادارى ، والتى تتمثل فى أن يكون احد أطراف العقد من أشخاص القانون العام ، وان يتصل العقد بتسيير أحد المرافق العامة ، مع الأخذ باسلوب القانون العام وأحكامه سواء بتضمين العقد شروطا استثنائية من القانون الخاص أو كانت تلك الشروط مقررة بمقتضى القوانين واللوائح . فى حين أنه طبقا لما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسى ، فان هناك معياران كل منهما كاف بذاته لصبغ العقد بالطابع الادارى ؛ وهما معيار اشتراك المتعاقد فى تنفيذ المرفق العام ، ومعيار العناصر الاستثنائية من القانون الخاص بصورتيه ، سواء بتضمين العقد شروطا استثنائية ، او أن يكون العقد خاضعا لنظام قانونى استثنائى فرضه القانون .

ومن جهة اخرى وكما سبق أن أوضحنا ، فان معيار تمييز العقود الادارية المبرمة بين الأشخاص العامة فى فرنسا ، أصبح يعتمد على ضوابط خاصة مغايرة لتلك التى تخضع لها العقود الادارية التى أحد أطرافها شخص عام والآخر شخص من أشخاص القانون الخاص . فمنذ حكم محكمة التنازع الفرنسية الصادر فى ٢١ مارس سنة ١٩٨٣ فى قضية " U.A.P. " فان العقد المبرم بين شخصين من أشخاص القانون العام أصبح يكتسب من حيث المبدأ الطبيعة الادارية ، بما يتضمنه ذلك من جعل الاختصاص بحسم المنازعات المتعلقة به للقضاء الادارى ، وذلك فيما عدا الحالات التى يتبين فيها أنها بحسب موضوعها ليست الا من علاقات القانون الخاص . واذا كان القضاء المصرى لم يخضع هذه الطائفة من العقود لقاعدة خاصة مغايرة للمعيار الذى التزمه لاضفاء الصبغة الادارية على العقد ، فاننا نميل الى أن يسلك القضاء المصرى ذات النهج الذى سار عليه قرينه الفرنسى

في خصوص هذه الطائفة من العقود ، نظرا لطبيعتها وثيقة الصلـــة بروابط القانون العام .

(٣) واذا كان هناك تزايد ملحوظ في عدد النصوص التشريعية واللوائح الادارية المتعلقة بالنظريات الثلاث ، عمل الأمير والظروف الطارئـــة والصعوبات المادية غير المتوقعة ، الا ان هذه النظريات مازالت نظريات قضائية ، سواء بالنسبة لنشأتها او بالنسبة الى التطورات التى لحقت بها ، ومن هنا يبرز الدور الخلاق للقضاء الادارى الفرنسى .

واذا كان عدد من الظروف والمواقف غير المتوقعة أصبح اليـــوم منظما بواسطة كراسات الشروط ـ والتى استلهمت العديد من الحلـــول والمبادىء التى أرسى قواعدها القضاء الادارى ـ الا ان ذلك كما اتضح لنا من خلال هذه الدراسة لم يفقد الطريق القضائى كامل أهميته في هـــذا المجال . ولا ادل على ذلك من أنه على الرغم من رد فعل الادارة تجاه هذه النظريات ، ومحاولتها تضمين عقودها مع الافراد نوعا من التحديـــد الاتفاقى المعد سلفا لمواجهة المخاطر والظروف غير المتوقعة ؛ فان ذلـــك لم يمنع من طرح العديد من المنازعات والمشكلات التى استجدت أمـــام القضاء الادارى ،وبصفة خاصة في فرنسا حيث تكثر التطبيقات القضائيـــة المتعلقة بتلك النظريات ، ومازالت مجموعات أحكام مجلس الدولة الفرنســى زاخرة بتلك التطبيقات حتى يومنا هذا .

(٤) ولقد اتضح لنا من خلال هذه الدراسة ، ان مجال تطبيق كـــل من النظريات الثلاث يشمل جميع العقود الادارية متى استوفت شـــروط تطبيقها . ويستوى في ذلك مجال التطبيق الموضوعى أو الشخصى . وحتى بالنسبة للعقود الادارية المبرمة بين الأشخاص العامة، فلا يوجد من بين شروط تطبيق اى من تلك النظريات مايحول دون استفادة الشخص العـــام المتعاقد من الاستناد الى أى منها عند الاقتضاء .

(٥) واذا كانت مسئولية الادارة في حالة تطبيق اى من النظريـــات الثلاث تقوم على اساس انتفاء ركن الخطأ ، الا ان تلك المسئوليـــة فـــى

حالة تطبيق نظرية عمل الأمير هي مسئولية تعاقدية دون خطأ ، في حين انه في حالة تطبيق كل من نظريتي الظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة ، فان مسئولية الادارة وان كانت أيضا بلا خطأ ، الا أن التزام الادارة بتعويض المتعاقد عن النفقات الخارجة عن النطاق التعاقدي لايمكن معه الحديث عن مسئولية عقدية بالمعنى الاصطلاحي لمفهوم المسئولية العقدية .

(٦) وفي نطاق فكرة خصوصية الضرر ، التي اعتبرها أغلب الفقهاء شرطا لاثارة مسئولية الادارة العقدية دون خطأ في نطاق نظرية عمل الأمير ، فاننا اعتمادا على عدد من أحكام مجلس الدولة الفرنسي ، قد انتهينا الى رأي مؤداه أن شرط خصوصية الضرر لايضيف شيئا للشروط الأخرى للمسئولية العقدية دون خطأ . وان العامل الحاسم والأساسي في رأينا هو ان يكون الاجراء العام قد أصاب مسألة يمكن اعتبارها أساسية أو جوهرية في ابرام العقد ، وهي التي دفعت الفرد الى ان يقرر الدخول في الرابطة التعاقدية مع الدولة .

(٧) وفيما يتعلق بفكرة عدم التوقع أو عدم امكان التوقع ، فلقد أوضحنا أنه لايوجد فعل او حادث غير متوقع بصفة مطلقة ، وانما فقط حادث لايمكن عادة توقعه عند ابرام العقد . فالفكرة ذات مفهوم نسبي لاتحدد بذاتها وانما بعلاقتها بظروف الحال .

(٨) واذا كان مصدر الفعل الذي تتحقق به المسئولية في نطاق هذه النظريات ، كان يعتبر أحد المعايير التي يرجع اليها للتمييز بينها ، الا أنه نظرا للتطورات التي لحقت بالحياة السياسية والاقتصادية ومابينهما من تفاعلات وثيقة ، فقد أصبح العديد من الظواهر الاقتصادية راجعا الى تدخلات السلطات العامة ، ولهذا انهارت الأسس التي كان يقوم عليهما هذا التمييز . ولقد انعكس ذلك بصفة خاصة على نظرية الظروف الطارئة ، التي أصبحت تشارك النظريتين الأخريين في مصدرهما : فقد يكون مصدر الظرف الطارئ فعل جهة الادارة المتعاقدة او غيرها ، وقد يكون مستقلا عن عمل الادارة اطلاقا .

ولهذا انتهينا الى مناشدة المشرع المصرى أن يتدخل لتعديل نص المادة السادسة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ (الخاص بتنظيم التزامات المرافق العامة ،وقد خضع هذا القانون لبعض التعديلات والاضافات وذلك بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ ، والقانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٦٠) ، رفعا لأى لبس قد يوئثر بشكل او بآخر على صياغة بعض أحكام القضاء . حيث اصبحت صياغة هذه المادة لاتتفق مع التطور الذى لحق بمصدر الفعل فى نطاق نظرية الظروف الطارئة .

واذا كانت المحكمة الادارية العليا قد التزمت فى حكمها الصادر فى ١٨ ديسمبر سنة ١٩٨٤ ، الصياغة التى تتفق مع هذا التطور ، ألا أنها عادت من جديد الى الصياغة القديمة التى قد توحى بانه يشترط فى الظرف الذى تتسبب فيه الادارة ، ان يكون من عمل جهة ادارية غير جهة الادارة المتعاقدة وذلك في حكمها الصادر فى ١٦ مايو سنة ١٩٨٧.

(٩) وفيما يتعلق بسلطة الادارة فى تعديل عقودها الادارية بارادتها المنفردة ، تلك السلطة التى تشمل جميع العقود الادارية دون ما حاجة الى نص فى القانون أو شرط فى العقد . وباعتبارها احدى تطبيقات نظرية عمل الأمير ، فان هذه الدراسة قد أثبتت أن مجلس الدولة الفرنسى فى أحكامه الحديثة ، قد أكد وجود هذه السلطة فى عبارات صريحة واضحة ، موئكدا على أنها تطبيق للقواعد العامة التى تحكم العقود الادارية ؛ وذلك بعد ان كان يشير الى هذه السلطة بطريقة مستترة ، جعلت البعض فى الفقه الفرنسى ينكر على الادارة تمتعها بسلطة التعديل الانفرادى .

ولهذا فان حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر في ٢ فبراير سنة ١٩٨٣ فى قضية " U.T.P. " قد أضعف الحجج التى استند اليها هذا الفريق الفقهى ، حيث أنهم قد استندوا فى انكارهم لهذه السلطة الى أنها لم تتأيد بقضاء صريح من مجلس الدولة الفرنسى ، وأن الأحكام التى قضت بوجود هذه السلطة ، كانت لحالات خاصة يمكن تفسيرها دون حاجة الى القول بأن العقود الادارية تخرج على قاعدة ان العقد شريعة

المتعاقدين • واستشهدوا ببعض الأحكام الصادرة من مجلس الدولة الفرنسي، رأوا أنها ـ على خلاف غالبية الفقهاء ـ تنكر سلطة التعديل الانفرادي •

(١٠) ولقد اتضح لنا من خلال هذه الدراسة ، أن نظرية عمل الأمير يمكن أن يكون لها محل من التطبيق ، حتى ولو كان مصدر الفعل المسبب للضرر راجعا الى تطبيق اتفاقية دولية أبرمتها الدولة• وبصفة عامة فلقد أيدنا امكانية منح التعويض عن الضرر الذى يصيب المتعاقد من جراء أعمال السيادة ، وتأثيرها على المجال التعاقدي •

وانتهينا الى أنه في المجال التعاقدي ، فان الاتفاقيات الدولية تخضع لذات القواعد التي تحدد نطاق المسئولية عن القوانين ، وانه لايوجد سبب للمغايرة فيما يتعلق بالمسئولية دون خطأ عن الاتفاقيات الدولية ، في المجال التعاقدي عنه في المجال غير التعاقدي •

(١١) وانتهينا الى رأى مؤداه ان نظرية عمل الأمير يمكن ان تجد مجالا للتطبيق بالنسبة لطائفة العقود الادارية بين الأشخاص الخاصة، استنادا الى أن الأمر الحاسم في تطبيق تلك النظرية يرتبط بالطبيعة الادارية للعقد ، اكثر من ارتباطه باشتراك الشخص العام في العقد •

(١٢) وفيما يتعلق بفسخ العقد المترتب على حالة الاختلال الدائم في اقتصادياته ، وفقا للمفهوم الادارى للقوة القاهرة ، وطبقا للمبادىء التي شادها مجلس الدولة الفرنسي في سياق التطورات التي ادخلها على نظرية الظروف الطارئة ، فان هذا الفسخ يمكن ان يتحقق في فرنسا من خلال اجراء قضائي ، وأيضا من خلال اجراء ادارى نظمته بعض النصوص التشريعية ، التي استلهمت الأحكام التي وضع أساسها مجلس الدولة الفرنسي في قضية " ترام شربورج " • ولابأس أن يتدخل المشرع المصرى على غرار قرينه الفرنسي في هذا الصدد ، خاصة وان الأحداث الدولية المحيطة والمناخ الاقتصادى المضطرب في المنطقة العربية بل والدولية ، لاشك سيلقى بظلاله على العديد من العقود الادارية والدولية ، خاصة مع

الارتفاعات المتلاحقة وغير المتوقعة فى أسعار البترول اثر احداث الخليج. واذا ماتدخل المشرع المصرى فانه سوف يكون هناك طريقين للفسخ للاختلال الدائم فى اقتصاديات العقد الادارى : الفسخ القضائى والذى يملكه القضاء المصرى بناء على طلب أحد اطراف الرابطة العقدية ، والفسخ الادارى اذا ماوجد النص التشريعى الذى ينظمه ويحدد الاجراءات المتطلبة له ٠

(١٣)- ولقد اتضح لنا من خلال هذه الدراسة ، أنه مع التسليم بالاهمية القصوى للقواعد الضابطة لسير المرافق العامة والمكانة البارزة التى تشغلها فى مجال تنفيذ العقد الادارى ، الا أن هناك بعض الاعتبارات الأخرى — أهمها قواعد العدالة — قد دعت مجلس الدولة الفرنسى الى السماح بامكانية تعويض المتعاقد استنادا الى نظرية الظروف الطارئة، على الرغم من تقديم طلب التعويض فى الفترة اللاحقة لانقضاء عقد الالتزام ٠ وهو ما يؤكد على أن تلك النظرية ليست مقصورة على تبرير استمرارية سير المرفق العام فقط، وانما يمكن تأسيس حق التعويض فى بعض الحالات على اعتبارات أخرى ، حيث تكون فكرة استمرارية المرفق العام غير ذات موضوع ٠

(١٤)— ولقد تأكد لنا من خلال هذا البحث، أن الحاجة الى القواعد والمبادىء التى تقوم عليها نظرية العقد الادارى بصفة عامة، وتلك التى تقوم عليها النظريات الثلاث محل البحث بصفة خاصة، لم تتأثر بتغير النظم والاتجاهات الاقتصادية ٠ سواء تبلورت هذه الاتجاهات الاقتصادية فى تدعيم القطاع العام ، أو تحجيم دوره فى مجال النشاط الاقتصادى وفتح الباب على مصراعيه لتدعيم دور القطاع الخاص والنشاط الاقتصادى الحر ٠

ولقد صدقت نبوءة استاذنا الدكتور العميد سليمان الطماوى منذ وقت مبكر فى أن " الحاجة الى الأحكام التى تقوم عليها نظرية العقد الادارى ، لم تتضاءل ، بل ان الحاجة اليها قد تأكدت وازدادت ٠٠٠" ٠ وأيا ماكان الدور الذى سيضطلع به القطاع الخاص فى مجال النشاط الاقتصادى ، فان الأمر الذى لا يعتوره أدنى شك — من وجهة نظرنا —

أن المشروعات الكبرى والعملاقة لن تكون مجالا لنشاط القطاع الخاص في مصر وسيضطلع بها القطاع العام بامكانياته الضخمة الادارية والمالية والفنية، وبالطبع فان شركات القطاع العام تعتبر من أشخاص القانون الخاص وتدار في نطاق أحكام هذا القانون • وسواء اتسع او انحصر المجال المحدد لنشاط القطاع الخاص أو لنشاط القطاع العام ، فان ذلك لن يغير من الامر شيئا فيما يتعلق بأهمية الحاجة الى القواعد والمبادىء التي تقوم عليها نظرية العقد الاداري ، فالعقد المبرم بين شخص معنوى عام ـ اقليمي أو مرفقي ـ وبين أحد أفراد القطاع الخاص أو أحد شركات القطاع العام، هو عقد بين شخصين أحدهما شخص عام والاخر من أشخاص القانون الخاص ، ويخضعان بالتالى لنظامين مختلفين متغايرين • وأيا كان الطرف الآخر المتعاقد مع الادارة ،ـ وسواء أكان أحد الافراد أو أحد شركات القطاع العام ـ فانه لا يوجد مايمنع من تمتع الادارة بكافة الامتيازات والسلطات المرتبطة بالطبيعة الذاتية للعقود الادارية والتى لا مقابل لها في القانون الخاص؛ ذلك أن مرجع حق الادارة في التمتع بهذه السلطات يرتبط بالطبيعة الادارية للعقد دون أي اعتبار لطبيعة الطرف الآخر في العقد • بل انه حتى في نطاق العقود الادارية بين الأشخاص العامة، فلقد استبان لنا من خلال هذا البحث ـ وعلى الرغم من عدم وجود تطبيقات قضائية في هذا الصدد ـ أنه لا يوجد مايمنع من استفادة الشخص العام المتعاقد من تطبيق أي من النظريات محل البحث بما يتناسب عمليا مع نوعية تلك العقود • ولقد استندنا في ذلك الى أنه نظرا لمسئولية الشخص العام عن استخدام الميزانية المخصصة له الاستخدام الأمثل وفقا لمقتضيات الصالح العام ، ونظرا الى أنه في العديد من الحالات يكون مصدر التمويل للشخص العام قائما على الاقتراض ، وبصفة خاصة في الدول النامية، فانه ليس من العدل في شيء أن يتحمل الشخص العام بخسائر وفوائد القروض دون أن يكون له الحق في المطالبة بالتعويض استنادا الى أي من النظريات الثلاث عند الاقتضاء •

ولكل ذلك فان أهمية العقد في مجال القانون العام ، والحاجة الى القواعد التى تقوم عليها نظرية العقد الاداري ، لن تتأثر بالتطورات الحادثة في الحياة الاقتصادية والاجتماعية.كل مافي الأمر أن المشاكل

والمنازعات التي تتعلق بالعقد الاداري وبالنظريات محل البحث، سوف تتخذ طابعا جديدا يتجاوب مع تطور النظم والاتجاهات الاقتصادية وتأثيرها على العلاقـــــــات التعاقدية في نطاق القانون العام .

(١٥) ــ ونظرا لأن نظرية العقد الاداري بصفة عامة والنظريات محل البحث بصفة خاصة تستمد أصولها وقواعدها من القضاء الاداري ، وهو بطبيعته قضاء متطور ومرن ، فاننا لا نميل الى الاستجابة للآراء التي تطالب بتقنين القواعد التي شادها القضــاء الاداري في فرنسا فيما يتعلق بالنظريات الثلاث محل البحث، ولا نجد حاجـــــة ملحة لصدور تشريع يقنن القواعد والمبادىء التي تقوم عليها هذه النظريات،انطلاقــا من أنها نظريات متطورة ينبرى القضاء لادخال التعديلات عليها كلما دعت الحاجـــة الى ذلك . ولذلك فان تقنين هذه القواعد سيحد من انطلاق القضاء في استنبــاط الحلول لكل ما يستجد من مشاكل جديدة ، وفي اقتباس الحلول التي ينتهي اليهــا القضاء الاداري الفرنسي في هذا الصدد . وخيرا فعل المشرع المصري حيث جــــاء القانون الجديد رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ محصورا في نطاق تنظيم المناقصات والمزايدات دون أن يتعرض للنظريات محل البحث ، على الرغم من أنه قد صدر أكثر تفصيــلا من القانون الملغى رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ اذ اشتمل على أربعين مادة ليس مــن بينها ما يتعلق بتلك النظريات .

" تم بحمد اللــــــــه "

قائمة المراجع

أولا : باللغة العربية :

١ ـ المؤلفات العامة والخاصة :

الدكتور بكر القباني :

ـ القانون الاداري الكويتي، جامعة الكويت، ١٩٧٥٠

ـ القانون الاداري ، المبادىء العامة والتنظيمات الادارية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٥٠

الدكتور توفيق شحاته :

ـ مبادىء القانون الاداري ، الجزء الأول ،دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة ١٩٥٤ ـ ١٩٥٥٠

الدكتور ثروت بدوي :

ـ النظرية العامة في العقود الادارية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٧٦٠

الأستاذ حسين درويش عبدالعال :

ـ النظرية العامة في العقود الادارية ، الجزء الثاني، الطبعة الاولى،القاهرة، ١٩٥٨٠

الدكتور رمزي طه الشاعر :

ـ النظرية العامة للقانون الدستوري ،الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية ١٩٨٣٠

ـ قضاء التعويض ، مسئولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية، القاهرة ١٩٩٠٠

الدكتور سليمان محمد الطماوي :

ـ مبادىء ألقانون الاداري المصري والمقارن ، الطبعة الثانية، القاهرة، ١٩٥٦٠

- الوجيز فى القضاء الادارى، مطبعة جامعة عين شمس، ١٩٨٢.
- الأسس العامة للعقود الادارية، الطبعة الرابعة، مطبعة جامعة عين شمس، ١٩٨٤.
- الوجيز فى القانون الادارى، مطبعة جامعة عين شمس، ١٩٨٤.

الدكتور طعيمة الجرف :

- القانون الادارى، دراسة مقارنة فى تنظيم ونشاط الادارة العامة، القاهرة طبعة ١٩٧٠.

الدكتور عبدالرزاق السنهورى :

- الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد، نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، طبعة ١٩٥٢.

الدكتورة عزيزة الشريف :

- دراسات فى نظرية العقد الادارى، دار النهضة العربية، القاهرة طبعة ١٩٨١.

الدكتور فؤاد العطار :

- القانون الادارى، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة ١٩٧٦.

الدكتور محمد فؤاد مهنا :

- القانون الادارى العربى فى ظل النظام الاشتراكى الديمقراطى التعاونى، الاسكندرية ١٩٦٣–١٩٦٤.

الأستاذ محمد كمال عبدالعزيز :

- التقنين المدنى فى ضوء القضاء والفقه، الجزء الأول فى الالتزامات، الطبعة الثانية ١٩٨٠.

الدكتور محمد مرغنى خيرى :

- القضاء الادارى ومجلس الدولة، الجزء الأول، الطبعة الثانية، القاهرة ١٩٩٠.

الدكتور محمود حلمـــــى :

– العقد الاداري، دار الفكر العربي، الطبعـــة الثانية ١٩٧٧.

الدكتور مصطفى أبوزيد فهمي :

– القضاء الاداري ومجلس الدولة ، المرافعـــات الادارية ، منشأة المعارف بالاسكندرية، طبعة ١٩٨٨، طبعة ١٩٧٩.

٢ – الرسائـــل :

الدكتور أحمد عثمان عيـــاد :

– مظاهر السلطة العامة في العقود الاداريـــة، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٧٣.

الدكتورة ثورية لعيونـــى :

– معيار العقد الاداري، دراسة مقارنة، القاهـــرة ١٩٨٧.

الدكتور زكي محمد النجـــار :

– نظرية البطلان في العقود الادارية، دراســـة مقارنة، القاهرة ١٩٨١.

الدكتور عبدالمجيد محمد فياض :

– نظرية الجزاءات في العقد الاداري ، دراســـة مقارنة ، القاهرة ١٩٧٤.

الدكتورة عزيزة الشريـــف :

– نظرية التأميم وتجربته في مصر، القاهرة ١٩٧٦.

الدكتور علي الفحـــام :

– سلطة الادارة في تعديل العقد الاداري، دراسة مقارنة ، القاهرة ١٩٧٥.

الدكتور محمد سعيد حسين أمين :

– الأسس العامة لالتزامات وحقوق المتعاقد مـــع الادارة في تنفيذ العقد الاداري، دراسة مقارنـــة، القاهرة ١٩٨٤.

الدكتور هارون الجمـــــل :

- النظام القانونى للجزاءات فى عقد الاشغـــال العامة، القاهرة ١٩٧٩٠

٣ - البحوث والمقالات :

الدكتور أكثم الخولــــى :

- أثر الطبيعة العامة للمشروع العام على صفته التجارية • مجلة ادارة قضايا الحكومــــة، السنه الرابعة، العدد الثالث سنة ١٩٦٠٠

الدكتور أنور أحمد رسـلان :

- نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعــــة• مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثامنــــة والأربعون ، العددان الثالث والرابع، سنـة ١٩٨٠ - مذكرات لطلبة دبلوم العلوم الاداريه بكلية الحقوق جامعة عين شمس - بـــدون تاريخ •

المستشار بدوى حمـــودة :

- المؤسسات العامة فى الجمهورية العربيـــة المتحدة • مجلة الادارة ، العدد الرابـــع ابريل سنة ١٩٦٩٠

الدكتور ثروت بـــدوى :

- المعيار المميز للعقد الادارى ، مجلـــة القانون والاقتصاد ، السنة السابعــــة والعشرون ، سبتمبر وديسمبر سنة ١٩٥٧٠

الدكتور حامد زكـــى :

- تعليق على حكم محكمة استئناف مصر الوطنية الصادر فى ١٩ ابريل سنة ١٩٢١، مجلـة القانون والاقتصاد، السنة الثانية •

المستشار شفيق حسن زكـي :

- المؤسسات العامة، عرض وتقييم لتطور نظامها وبيان شامل للمؤسسات القائمة . مجلة ادارة قضايا الحكومة ، السنة الخامسة عشر ، العدد الرابع، أكتوبر - ديسمبر سنة ١٩٧١ .

الدكتور محمد فؤاد مهنا :

- المشروع العام وطبيعته القانونية ، مجلة العلوم الادارية ، السنة الثالثة عشر - العدد الأول سنة ١٩٧١ .

الدكتور محمود حلمي :

- النظام القانوني للقطاعين العام والخاص في المجتمع الاشتراكي . مجلة العلوم الادارية، السنة السابعة، العدد الأول سنة ١٩٦٥ .

الدكتور مصطفى كمال وصفي :

- التكييف القانوني للمشروعات العامة، مجلة العلوم الادارية، العدد الثالث سنة ١٩٦٧ .

٤- المجلات ومجموعات الأحكام :

- مجلة ادارة قضايا الحكومة .
- مجلة العلوم الادارية .
- مجلة القانون والاقتصاد .
- مجلة الادارة .

- مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الاداري - المكتب الفني - مجلس الدولة .
- مجموعة المبادىء القانونية التي قررتها الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة في خمسة عشر عاما (اعداد الأستاذ أحمد سمير أبوشادي) ١٩٤٦ - ١٩٦٠ .

- مجموعة المبادىء القانونية التى قررتها المحكمة الادارية العليا فى خمس سنوات. (اعداد الاستاذ أحمد سمير أبوشادى ــ الدكتور نعيم عطية) ١٩٥٥ــ١٩٦٠.

- مجموعة المبادىء القانونية التى قررتها المحكمة الادارية العليا والجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع فى العقود الادارية فى خمسة عشر عاما ١٩٥٥ــ١٩٧٠. (الشركة المصرية للطباعة والنشر، ١٩٧٢).

- مجموعة المبادىء القانونية التى قررتها المحكمة الادارية العليا فى خمسة عشر عاما ١٩٦٥ ــ ١٩٨٠. (الهيئة المصرية العامة للكتاب ، ١٩٨٣).

- مجموعة المبادىء القانونية التى قررتها المحكمة الادارية العليا ــ المكتب الفنى ــ السنة السادسة والعشرون ، من أول أكتوبر سنة ١٩٨٠ الى آخر فبراير سنة ١٩٨١. (الهيئة المصرية العامة للكتاب ، ١٩٨٨).

- مجموعة المبادىء القانونية التى قررتها المحكمة الادارية العليا ــ المكتب الفنى مجلس الدولة .

* السنة الثامنة والعشرون :	من أول أكتوبر ١٩٨٢ الى آخر سبتمبر ١٩٨٣.
* السنة التاسعة والعشرون :	من أول أكتوبر ١٩٨٣ الى آخر سبتمبر ١٩٨٤.
* السنة الثلاثون :	من أول أكتوبر ١٩٨٤ الى آخر فبراير ١٩٨٥.
* السنة الحادية والثلاثون :	من أول أكتوبر ١٩٨٥ الى آخر سبتمبر ١٩٨٦. (غير منشورة ــ نسخ على الآلة الكاتبة) .
* السنة الثانية والثلاثون :	من أول أكتوبر ١٩٨٦ الى آخر سبتمبر ١٩٨٧ (غير منشورة ــ نسخ على الآلة الكاتبة) .

- موسوعة افتاء الجمعيـــة العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولـــــة، وفهرس للقوانين من ١٩٧٨ الى ١٩٨٣ . (اعداد سعيد أحمد عبدالتـــواب ـ فاطمة محمد عبدالله) .

- مجموعة أحكام محكمة النقض ـ المكتب الفني . (م نقض م) .
- مجموعة أحكام وقرارات المحكمة الدستورية العليا . الجزء الأول (الأحكـــام والقرارات التي أصدرتها حتى ٣٠ يونيه سنة ١٩٨١) .

ثانيا : باللغـــة الفرنسيـــة :

I- OUVRAGES GÉNÉRAUX ET SPÉCIAUX:

AUBY (J.M.) et DRAGO (R.) : Traité de contentieux administratif, Paris, L.G.D.J., 3e éd., 1984.

AUBY (J.M.) et DUCOS-ADER (R.) : Droit administratif, Paris, Précis Dalloz 7e éd., 1986.

BENOIT (F.P.) : Le droit administratif français, Paris, Dalloz, 1968.

BETTINGER (C.) : La concession de service public et de travaux publics, Berger-Levrault, 1978.

BONNARD (R.) : Précis de droit administratif, Paris, L.G.D.J., 3e éd., 1940; 4e éd., 1943.

CARBONNIER (J.) : Droit civil, Les obligations, T.IV, P.U.F., Thémis, 1969.

CHANTEBOUT (B.): Droit constitutionnel et science politique, Paris, A. Colin, 7e éd., 1986.

CHAPUS (R.) : Droit du contentieux administratif, Montchrestien, 1982.

CHAPUS (R.) : Droit administratif général, Montchrestien, 4e éd., 1988, T. I.

COUDEVYLLE (A.) : Les concessions de service public des collectivités locales, Sirey, 1983.

DUFAU (J.) : Le domaine public, Éditions du Moniteur, 1977.

DUFAU (J.) : Les concessions de service public, Éditions du Moniteur, 1979.

DUFAU (J.) : Le droit des travaux publics, Éditions du Moniteur, 1984.

FLAMME (M.A.) : Traité théorique et pratique des marches publics, 2 tomes, Bruxelles Bruylant, 1969.

GODFRIN (P.) : Droit administratif des biens, Masson, 2e éd., 1983.

JÈZE (G.) : Les principes généraux du droit administratif (Théorie générale des contrats de l'administration), 3e éd., 2e partie, L.G.D.J., 1936.

LACHAUME (J.F.) : Les grandes décisions de la jurisprudence administrative, P.U.F., Thémis, 3e éd., 1985.

LAUBADÈRE (A. de): Traité théorique et pratique des contrats administratifs, L.G.D.J., 1e éd., 1956, 3 volumes.

LAUBADÈRE (A. de) : Traité élémentaire de droit administratif, L.G.D.J., 4e éd., 1966.

LAUBADÈRE (A. de) : Droit administratif spécial, P.U.F., Thémis 1970.

LAUBADÈRE (A. de), DELVOLVÉ (P.) : Droit public économique, Précis Dalloz, 4e éd., 1983.

LAUBADÈRE (A de), MODERNE (F.), DELVOLVÉ (P.) : Traité des contrats administratifs, L.G.D., 2e éd., T. I. 1983, T. II. 1984.

LAUBADÈRE (A. de), VENEZIA (J.C.), GAUDEMET (Y.) : Traité de droit administratif, L.G.D.J., 10e éd., T. I, 1988.

LECLERCQ (C.) et LUKASZEWICZ (J.P.) : Travaux diriges de droit administratif, P.U.F., Thémis, 2e éd., 1986.

LONG (M.), WEIL (P.) et BRAIBANT (G.) : Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Sirey, 7e éd., 1978.

MONTMERLE (J.) : Commentaire pratique du cahier des clauses et conditions générales imposées aux entrepreneurs des travaux des Ponts et Chaussées, 4e éd., T. II, 1951.

MONTMERLE (J.) : Passation et exécution des marchés de travaux publics. Commentaire des cahiers des clauses administratives générales, éd. Eyrolles, 1966.

ODENT (R.) : Contentieux administratif, Les Cours de droit, Paris, 1970-1971; 1977-1978; 1979-1981.

PEISER (G.) : Droit administratif, Dalloz, 3^{e} éd., 1987.

RIVERO (J.) : Droit administratif, Précis Dalloz, 1987.

ROUGEVIN-BAVILLE (M.) : Droit public approfondi (La responsabilité administrative), Cours I.E.P., 1980-1981.

TEISSIER (G.) : La responsabilité de la puissance publique, Paris, 1906.

VEDEL (G.) : Droit administratif, P.U.F., Thémis, 4^{e} éd., 1968.

VEDEL (G.) et DELVOLVÉ (P.) : Droit administratif, P.U.F., Thémis, 9^{e} éd., 1984.

VILLARD (M.), BACHELOT (Y.) et ROMERO (J.M.) : Droit et pratique des marchés publics de travaux, Éditions du Moniteur, 1981.

WALINE (M.) : Traité de droit administratif, Sirey, 9e éd., 1963.

WALINE (M.) : Précis de droit administratif, Éditions Montchrestien, 1969.

WEILL (A.) : Droit civil - les obligations, Dalloz, 1971.

WEILL (A.) et TERRÉ (F.) : Droit civil-les obligations, Précis Dalloz, 4e éd., 1986.

II- <u>THÈSE</u>:

ABD EL GAWAD (M.): La force obligatoir du contrat en droit Musulman et la théorie de l'imprévision en droit égyptien, Paris, 1957.

ALIBERT (R.) : L'imprévision dans les concessions de service public, Paris, 1924.

AUVERNY-BENNETOT (J.) : La théorie de l'imprévision, Paris, 1938.

BADAOUI (S.) : Le fait du prince dans les contrats administratifs en droit français et en droit égyptien, L.G.D.J., 1954.

BAYLE (G.) : L'enrichissement sans cause en droit administratif,
L.G.D.J., 1973.

BRARD (Y.) : La responsabilité administrative des personnes privées,
Caen, 1975.

CATZ (J.) : Le risque du sol dans le réglement des marchés de travaux publics et privés,
Paris II, 1980.

CHAPUS (R.) : Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire,
L.G.D.J., 1957.

CHEHATA (T.) : La concession de service public,
Le Caire, 1941.

DELCROS (B.) : L'unité de la personnalité juridique de l'État,
L.G.D.J., 1976.

DELVOLVÉ (P.) : Le principe d'égalité devant les charges publiques,
L.G.D.J., 1969.

DESJONQUIERES (C.): L'évolution de la jurisprudence du Conseil d'Etat au sujet de la théorie de l'imprévision dans les marchés de fournitures, Paris, 1926.

EL ATTAR (F.) : Le marché de travaux publics, étude comparée de droit administratif français et égyptien, Paris, 1953.

EMERI (C.) : De la responsabilité de l'administration à l'égard de ses collaborateurs, L.G.D.J., 1966.

S-CHASSERIAU (R.) : Les rapports de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité extra-contractuelle en droit administratif, Paris, 1952.

GALIAY (C.) : Les contrats entre personnes publiques, Toulouse, 1978.

HACHICH (A.) : La théorie de l'imprévision dans les contrats administratifs, étude comparée du droit français et du droit de la Republique Arabe Unie, Caen, 1962.

HADJIDINAS (J.) : La force obligatoire du contrat dans les contrats administratifs, Paris, 1966.

HUBRECHT (H.G.) : Les contrats de service public,
Bordeaux, 1980.

IBRAHIM (M.) : Les contrats administratifs en droit soudanais et français,
Paris II, 1977.

LAGUERRE (A.) : Marchés publics et concurrence,
Paris X - Nanterre, 1984.

LLORENS (F.) : Contrat d'entreprise et marché de travaux publics,
L.G.D.J., 1981.

MARAL (A.) : Contractualisation du dossier geotechnique dans les marchés publics de travaux,
Paris II, 1983.

PEQUIGNOT (G.) : Contribution à la théorie générale du contrat administratif,
Montpellier, 1945.

RIALS (S.) : Le juge administratif français et la technique du standard, essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité,
L.G.D.J., 1980.

SABLIER (B.) : Les imprévus et les pouvoirs nouveaux de l'administration dans les marchés publics de travaux,
Nice, 1979.

SAINT-MARC (P.) : L'imprévision dans les contrats administratifs, Paris, 1918.

SOINNE (B.) : La responsabilité des architectes et des entrepreneurs après la réception des travaux (Contribution à l'étude comparative de la garantie décennale et de la responsabilité de droit commun)
L.G.D.J., 1969.

TERNEYRE (P.) : La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif,
Pau, 1983.

III- <u>ARTICLES, NOTES ET CONCLUSIONS</u>:

ALIBERT (R.) : Note sous C.E. 14 février 1936, Ville de Paris, S. 1936. III. 81.

AMSELEK (P.) : Note sous C.E. 19 janvier 1973, Société d'exploitation électrique de la Rivière du Sant,
Rev. Adm., 1973. 633.

AMSELEK (P.) : "La qualification des contrats de l'administration par la jurisprudence".
A.J.D.A., 1983, p. 3.

ANDRIEUX : Conclusions sur C.E. 10 avril 1935, Ville de Toulon,
R.D.P., 1935, p. 783.

AUBY (J.M.) : "La renonciation au bénéfice de la loi en droit public français".
Trav. Assoc. H. Capitant, Tome XIII, 1960, p. 517.

AUBY (J.M.) : Note sous C.E. 8 juillet 1963, Sté Entreprise Peyrot,
J.C.P., 1963, II., 13375.

AUBY (J.M.) : "Le contrat administratif en droit français".
Journées de la Sté de legislation comparée,
R.I.D.C., N° spécial-Vol. I, 1979, p. 497.

AZARD (P.) : "L'instabilité monétaire et la notion d'équivalence dans le contrat",
J.C.P., 1953. I. n. 1092.

BAUDOVIN : Conclusions sur C.E. 6 novembre 1970, Société anonyme touristique du Lautaret,
A.J.D.A., 1971, p. 105.

BENOIT (F.P.) : Responsabilité de la puissance publique",
J.C.A., anciennes éditions, Fasc. 700, 1952.

BENOIT (F.P.) : "Le cas fortuit dans la jurisprudence adminis rative",
J.C.P., 1956. I. n. 1326.

BENOIT (F.P.) :"Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé (problèmes de causalité et d'imputabilité",
J.C.P. 1957, I, Doc. n. 1351.

BENOIT (F.P.) : "De l'inexistence d'un pouvoir de modific-ation unilatérale dans les contrats administ-ratifs",
J.C.P. 1963. I., n. 1775.

BENOIT (F.R.) : "Les groupemenets d'intérêt public",
A.J.D.A., 1986, p. 663.

BERNARD (M.) : Conclusions sur C.E. 30 mars 1966, Cie gener d'energie radio-électrique,
R.D.P., 1966, p. 780.

BLAEVOET : Note sous C.A. Paris, 2 décembre 1964, Socié française du tunnel sous le Mont Blanc,
D. 1965, p. 712.

BLUM (L.) : Conclusions sur C.E. 11 mars 1910, Cie générale Française de tramways,
D. 1912, III, p. 49.

BONNARD (R.) : Note sous C.E. 25 janvier 1929, Cie du gaz de Beauvais,
S. 1929, 3, 81.

BONNEAU (H.) : "Marchés de travaux publics,
J.C.A., Fasc. 520: formation du marché (1963 refondu en 1977 par G. Liet-Veaux)
Fasc. 521: exécution du marché.

BRARD (Y.) : "Le mandat comme fondement des contrats administratifs entre personnes privées",
J.C.P. 1981, Doc., I, 3032.

BRECHON-MOULENES (C.) : "L'Exécution des marchés publics",
A.J.D.A., 1982, novembre, Doct., p. 644.

CHABAS (F.) : "Force majeure",
Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit civil, 2e éd., T. 5.

CHARDENET : Conclusions sur C.E. 30 mars 1916, Gaz de Bordeaux,
S. 1916, 3, 17.

CORNEILLE : Conclusions sur C.E. 8 février 1918, Gaz de Poissy,
R.D.P. 1918, p. 242.

CORNEILLE : Conclusions sur C.E. 10 novembre 1920, Sté d'électrométollurgie de Dives,
Rec. p. 936.

CORNEILLE : Conclusions sur C.E. 3 décembre 1920, Fromassol,
R.D.P. 1920, p. 80.

DELVOLVÉ (P.) : "Responsabilité contractuelle", Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit public: "Responsabilite administrative", 1987.

DESMURS-MOSCET (Y.) : "La théorie des sujétions imprévues et le nouveau C.C.A.G.".,
M.T.P. 5 décembre 1977, p. 97.

DRAGO (R.) : "Paradoxes sur les contrats administratifs", in Études J. Flour, 1979, p. 151.

DUFAU (J.) : "Marché de travaux publics",
J.C.A., Fasc. 520: Notion, 1985; Fasc. 521: Régime juridique-Formation et exécution du marché, 1987.

DUFAU (J.) : "Concessions de service public",
J.C.A., Fasc. 530, 1984; 1986; 1987.

FENET (A.) : "L'indemnisation du concessionnaire de service public pour le déplacement de ses ouvrages implantés sur le domaine public", A.J.D.A. 1974, p. 171.

FRANC et BOYON : Chronique sous C.E. 30 mai 1975, Sté d'équipement de la region montpelliéraine, A.J.D.A. 1975, p. 345.

GEGOUT (Y.L.) : "Necessité d'une loi génerale sur les G.I.P.", Les Petites Affiches, 11-25 janvier 1988, p. 2.

GEORGEL (J.) : J.C.A.: "Théorie générale des contrats administratifs",
Fasc. 500, Contrats de l'administration, contrats par détermination de la loi.
Fasc. 502, Contrats administratifs per nature.
Fasc. 507, Formation du contrat administratif: l'accord de volontées.
Fasc. 512, Exécution du contrat administratif: situation du cocontractant de l'administration.
Fasc. 535, Offres de concours.

GERVAIS (A.) : "Les offres de concours", Ann. Fac. de droit de Beyrouth, 1954, p. 164.

HAURIOU (M.) : Note sous C.E. 19 novembre 1909, Zeilabadine, S. 1910, III, p. 1.

HAURIOU (M.) : Note sous C.E. 10 mai 1912, Ambrosini, S. 1912, III, p. 161.

HEINTZ (A.) : "La notion de force majeure en droit administratif", mem. D.E.A. droit public, Aix-en-Provence, 1985.

JEZE (G.) : "Influence de la guerre sur les actes de concession de service public de la distribution du gaz", R.D.P., 1920, p. 79.

JOSSE : Conclusions sur C.E. 9 décembre 1932, Cie des tramways de Cherbourg, R.D.P., 1933, p. 117.

LABETOULLE (D.) : Conclusions sur C.E. 12 mars 1976, Département des Hautes-Pyrénées c. Sté Sofilia, A.J.D.A., 1976, p. 552.

LABETOULLE (D.) : Conclusions sur C.E. 5 novembre 1982, Sté Propétrol, A.J.D.A., 1983, p. 259.

LAMARQUE (J.) : "Le déclin du critère de la clause exorbitante", Mélanges Waline, T. 11, p. 497.

LAMARQUE (J.) et MODERNE (F.) : "L'affaire de Malpasset devant la juridiction administrative", A.J.D.A., 1972, p. 314.

LAMETHE (D.) : "Les groupements d'intérêt public", C.J.E.G., 1984, p. 169.

LAMOTHE (D. de) : Conclusions sur C.E. 2 juillet 1982, Société routière Colas, "Marches Publics", octobre-novembre 1983, p. 53.

LASRY (C.) : Conclusions sur T.C. 8 juillet 1963, Sté Entreprise Peyrot, D. 1963, p. 534.

LATOURNERIE : Conclusions sur C.E. 9 mars 1928, Cie Scieries africaines, R.D.P., 1928, p. 328.

LATOURNERIE : Conclusions sur C.E. 25 janvier 1929, Cie du gaz de Beauvais, S. 1929, III, 81.

LAUBADÈRE (A. de) : "Les éléments d'originalité de la responsabilité contractuelle de l'administration", Mélanges Mestre, 1956, p. 383.

LAUBADÈRE (A. de): Note sous T.C. 7 juillet 1980, Sté d'exploitation touristique de la Haute-Maurienne, A.J.D.A., 1981, p. 48.

L'HUILLIER (J.) : "Les contrats administratifs tiennent ils lieu de loi à l'administration?", D. 1953, Chron. p. 87.

LIET-VEAUX (G.) : "Nature juridique des cessions de concessions de travaux ou de services", A.J.D.A. 1983. 438.

LLORENS (F.) : "Réflexions sur le pouvoir de modification unilatérale du maitre de l'ouvrage dans les marchés de travaux publics et privés", Droit et Ville, 1981, n°. 11, p. 50.

LLORENS (F.) : "Les variations monétaires et la responsabilité administrative", Les Petites Affiches, 27 juin 1983, p. 6 et 1er juillet 1983, p. 4.

LLORENS (F.) : "Le pouvoir de modification unilatérale et le principe de l'équilibre financier dans les contrats administratifs", Commentaire de l'arrêt du Conseil d'Etat du 2 février 1983, Union des transports public, R.F.D.A. mai-juin 1984, p. 50.

LLORENS (F.) : "La jurisprudence Soc. Entreprise Peyrot: nouveau développement", R.F.D.A. mai-juin 1985, p. 353.

LONG (M.) : Conclusions sur C.E. 20 avril 1956, Époux Bertin, R.D.P. 1956, p. 869.

LONG (M.), WEIL (P.) et BRAIBANT (G.) : Observations sous C.E. 29 janvier 1909, Cie des Messageries Maritimes, G.A.J.A., 7e éd., 1978, Sirey, p. 83.

MASSOT et DEWOST : Chronique sous C.E. 17 novembre 1967, Roudier de la Brille, A.J.D.A. 1968, p. 98.

MAYRAS : Conclusions sur C.E. 18 décembre 1959, Ville de Nantes, Rec. p. 696.

MESTRE : Note sous C.E. 15 juillet 1949, Ville d'Elbeuf, S. 1950, 3, 61.

MODERNE (F.) : "La rémunération des travaux supplémentaires effectués par les entrepreneurs de travaux publics", M.T.P., 18 avril 1977, p. 87.

MODERNE (F.) : "La sous-traitance des marchés publics", C.J.E.G. 1982, chron. p. 131.

MODERNE (F.) : "L'évolution recente du droit des contrats administratifs: les conventions entre personnes publiques", R.F.D.A., 1984, p. 1.

MONTMERLE (J.) : "Conséquences de la guerre sur les contrats de travaux publics et privés", A.J.T., juillet, 1946, p. 302.

PAILLET (M.) : Note sous C.E. 5 novembre 1982, Société Propétrol, J.C.P. 1984, jurisprudence, II, n°. 20168.

PAUTOT (S.) : "La théorie de l'imprévision dans les marchés de bâtiments et de travaux publics", Mon. T. P. 25 sept. 1978, p. 13.

PÉQUIGNOT (G.) : J.C.A., anciennes éditions,
Fasc. 500, Les contrats de l'administration: les deux sortes de contrats et leurs critères.
Fasc. 510, 511 et 515, Théorie générale des contrats administratifs: Contenu et effets spéciaux des contrats administratifs.

PÉQUIGNOT (G.) : "Imprévision",
Encyclopédie juridique, Dalloz, Répertoire de droit public et administratif, 1959. t. II; Mise A jour 1987, V. II.

PONTIER (J.-M.) : "L'imprévisibilité",
R.D.P. 1986, p. 5.

PREVOST (J.-F.) : A la recherche du critère du contrat administratif (la qualité des contractants),
R.D.P. 1971, p. 817.

RAINAUD (J.-M.) : "Le contrat administratif: volonté de parties ou loi de service public:",
R.D.P. 1985, p. 1183.

RAINAUD (J.-M.) : "Principe de continuité et contrat administratif",
in La continuité des services publics, études publiées sous la direction de J.P. Gilli, P.U.F., 1973, p. 151.

REGLADE (M.) : "De l'application aux marchés de fournitures de la séparation des autorités administratives et juridictionnelles",
R.D.P. 1924, p. 191.

ROUGEVIN-BAVILLE M.) : Conclusions sur C.E. 19 janvier 1973, Société d'exploitation électrique de la Rivière du Sant,
C.J.E.G., 1973. J. 239.

ROUGEVIN-BAVILLE (M.) : "Responsabilité sans faute", Encyclopédie Dalloz, répertoire de droit public:
Resp. puiss. publ., 1987.

SOTO (J. de) : "Imprévision et économie dirigée", J.C.P. 1950, éd. G. 1, n. 817.

SOTO (J. de) : Note au Dalloz, 1950, J. p. 455.

SOTO (J. de) : Note sous T.C. 7 juillet 1980, Sté d'exploitation touristique de la Haute Maurienne, R.D.P. 1981, p. 474.

TARDIEU : Conclusions sur C.E. 29 janvier 1909, Compagnie des Messageries Maritimes, D. 1910, 3, 89.

TAUGOURDEAU (J.P.) : "Le caractère certain et direct du préjudice en matière de responsabilité extra-contractuelle de la puissance publique", A.J.D.A. 1974, p. 508.

TERNEYRE (P.) : "La résiliation sans faute des contrats administratifs de service économique", Note sous Conseil d'Etat 5 février, 1986, S.A. Sogam,
Les Petites Affiches, 28 mai 1986, p. 18.

THERY (J.) : Conclusions sur C.E. 20 juillet 1971, Département du Var, C.J.E.G., 1971, J. 235.

TOURET (B.) : "Le régime juridique des concessions d'autoroutes", A.J.D.A., 1972, 372.

VEDEL (G.) : "Remarques sur la notion de clause exorbitante", Mélanges Mestre, 1956, p. 527.

VEDEL (G.) et BETTINGER : "Modalités d'exercice aux quelles obéit l'action en résiliation d'une concession de service public intentée en vertu des dispositions de la loi du 30 juillet 1947", C.J.E.G., décembre 1954 et janvier 1955, Doct., p. 107.

VIALLE (P.) : "Lien de causalité et dommage direct dans la responsabilité administrative", R.D.P., 1974, p. 1243.

WALINE (M.) : Note sous C.E. 9 juillet 1948, Capot et Denis, R.D.P., 1948, p. 576.

WALINE (M.) : "L'évolution récente des rapports de l'Etat avec ses cocontractants", R.D.P., 1951, p. 5.

WALINE (M.) : Note sous C.E. 13 juillet 1968, Société établissements Serfati, R.D.P., 1969, p. 123.

WEIL (P.) : "Le critère du contrat administratif en crise", Mélanges Waline, T. II, p. 831.

IV- PERIODIQUES ET RECUEILS

- Actualité Juridique - Droit Administratif **(A.J.D.A.)**
- Actualité Juridique - édition Travaux **(A.J.T.)**
- Cahiers juridiques de l'Électricité et du Gaz **(C.J.E.G.)**
- Droit et Ville
- Encyclopedie Dalloz : Répertoire de droit public - Répertoire de droit civil.
- Gazette du Palais **(G.P. ou Gaz. Pal.)**
- Jurisclasseur administratif **(J.C.A.)**
- Jurisclasseur périodique (La Semaine juridique - Édition générale) **(J.C.P.)**

- Marchés Publics
(La revue de l'Achat public - publiée par la Commission Centrale des marchés)
- Le Moniteur des Travaux Publics et du Bâtiment **(M.T.P. ou Mon. Trav. Publ.).**
- Petites Affiches.
- Recueil Dalloz **(D.)**
- Recueil des arrêts du Conseil d'Etat. **(Rec.)**
- Recueil Sirey **(S.)**
- Revue Administrative **(R.A. ou Rev. adm.).**
- Revue de Droit Administrative - Éditions Techniques **(R.D.A.)**
- Revue de Droit Public et de la Science Politique **(R.D.P.)**
- Revue Française de Droit Administratif **(R.F.D.A.)**
- Revue Internationale de Droit Comparé **(R.I.D.C.)**
- Revue Pratique de Droit Administratif **(R.P.D.A.)**

V: LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS UTILISEES DANS LA THÈSE

C.A................ Cour d'Appel.

Cass. Civ........... Cour de Cassation, Chambre Civile.

C.C.A.G............ Cahier des clauses administratives générales.

C.C.A.P............ Cahier des clauses administratives particulièr

C.C.G.............. Cahier des clauses et conditions générales.

C.E................ Conseil d'Etat.

Chr................. Chronique.

Concl............... Conclusions du commissaire du gouvernement.

C.P.C............... Cahier des prescriptions communes.

Fasc................ Fascicule.

G.A.J.A............ Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative par MM. Long, Weil et Braibant (7e édit.

G.D.J.A............ Les Grandes Décisions de la Jurisprudence Administrative par M. Lachaume (3e éd.).

I.E.P............... Institut d'études politiques de Paris.

I.R................ Informations rapides (Dalloz).

J................... Jurisprudence.

J.O................. Journal Officiel.

L.G.D.J............ Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

Mél................ Mélanges.

Obs................ Observations.

Op. Cit............. Ouvrage précité.

s. .... Sur (conclusions) ou Sous (note) ou Suivant (et s.).

T.................. Tome.

T.A................ Tribunal Administratif.

T.C................ Tribunal des Conflits.

T.C.A., 2e éd....... Traité des Contrats Administratifs, deuxième édition.

T.D.A., 10e éd...... Traité de Droit Administratif , dixième édition.

الفهـــــــرس

الصفحـة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

القسم الثانـــي

الآثار القانونية المترتبـــة على كل من النظريات الثلاث

الصفحة

الصفحة

الصفحة